Das Verwaltungsrecht des Zurückbehaltungsberechtigten.

Dissertation
zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde

der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
zu Rostock

vorgelegt von

Arthur Birkendahl
Referendar in Wismar.

Druck: Eberhardtsche Hof- und Ratsbuchdruckerei, Wismar
1930

Referent: Prof. Dr. Walsmann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

§ 1. Der privatrechtliche Begriff der Verwaltung 7
§ 2. Entwicklung des Zurückbehaltungsrechts 10

Zweiter Abschnitt.

§ 3. Die gesetzliche Regelung des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts 13
§ 4. Wesen des Zurückbehaltungsrechts 14
§ 5. Zweck des Zurückbehaltungsrechts 15
§ 6. Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts 16
§ 7. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht 20

Dritter Abschnitt.

§ 8. Grundlage des Verwaltungsrechts 22
§ 9. Inhalt des Verwaltungsrechts im allgemeinen 27
§ 10. Die negative Seite des Verwaltungsrechts 29
§ 11. Die positive Seite des Verwaltungsrechts 40
§ 12. Einwirkungen des Verzuges 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552722_0037

Literaturverzeichnis.

Baring. Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht, Band 14 und 15.

Berolzheimer. Kann der Kaufmann bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts Lagergeld beanspruchen? Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 22. Jahrgang 1928. (LZ.)

Cramer. Bemerkungen über das sogen. Retentionsrecht. Archiv für die zivilistische Praxis, Band 37, S. 315 ff.

Dernburg. Das Bürgerliche Recht. Band 2, Halle 1899.

Emmerich. Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.

Endemann. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 2, Teil 1. 8. Auflage, 1905.

Enneccerus. Recht der Schuldverhältnisse. 18. bis 22. Auflage, 1923.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

Ernst. Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB. Archiv für die zivilistische Praxis, Band 96, S. 440 ff.

Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts. Band I, 1. Erlangen 1868.

Guttmann. Verzug und Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf den Besitzer. Breslauer Dissertation 1927.

Hellwig. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Erster Band. Leipzig 1903.

Hoffmann. Der privatrechtliche Begriff der Verwaltung im BGB. Rostocker Dissertation 1902.

Isay. Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Sechster Band. Jena 1900.

Kohler. Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht. Archiv für Bürgerliches Recht, Band 25, S. 164 ff.

Langfeld. Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. Rostock 1886.

Langheineken. Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lent. Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung. Leipzig 1909.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Auflage 1896.

Mugdan. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (OLG.-Entsch.)

Oertmann. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. Erstes und Zweites Buch. 5. Auflage 1928/1929.

Planck. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage 1914.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Auflage 1928. (RGR.-Komm.)

Schenck. Die Lehre von dem Retentionsrecht nach gemeinen Rechten. Jena 1837.

Schlegelberger. Das Zurückbehaltungsrecht. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. 12. Band. Jena 1905.

Schollmeyer. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1900.

Schwabe. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Iherings Jahrbücher, Band 58, S. 319 ff.

Sievers. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht, Band 14.

Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12/13. Auflage. 1926/1927.

Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage. 1928/1929.

Ulrichs. Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerblichen Arbeitsvertrage. Heidelberger Dissertation 1910.

Wolff. Das Sachenrecht. 6. Bearbeitung, 20/21. Auflage 1926.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Der privatrechtliche Begriff der Verwaltung.

Neben dem öffentlichrechtlichen Begriff der Verwaltung kennt auch das Privatrecht einen solchen, nur daß er hier naturgemäß in einem ganz andern Sinne erscheint. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet den Ausdruck „Verwaltung" und „verwalten" an mehreren Stellen, ohne jedoch eine Definition dieses Begriffes zu geben. Wir sind deshalb genötigt, auf den allgemeinen Sprachgebrauch zurückzugehen und aus diesem heraus zu entwickeln, welche Vorstellungen der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Verwaltung" im Privatrecht verband.

Ganz allgemein gesagt, bezieht sich danach Verwaltung auf ein Verhältnis von Menschen zu irgendwelchen Angelegenheiten. Für die Entwicklung aus dem Sprachgebrauch ziehen wir außer dem Ausdruck „Verwaltung" als dem die Materie bezeichnenden Substantiv noch diejenigen Ausdrücke heran, die die persönliche, aktive Seite mehr betonen: „Verwalter" und „verwalten". Das Verbum „verwalten" stellt dann die Verbindung zwischen Mensch und Angelegenheiten her. Das Verhältnis von Menschen zu irgendwelchen Angelegenheiten besteht dabei in dem Besorgen von gewissen Angelegenheiten seitens des Verwalters. Im Besorgen liegt zunächst die Betätigung eines menschlichen Willens, eben dem des Verwalters. Nur eine vom Menschen ausgegangene, von ihm gewollte Handlung gehört zur Verwaltung. Wenn auch das Verwaltungsrecht, dessen Begriffsbestimmung erst im folgenden gegeben werden soll, in dem einen oder anderen Fall dem Verwalter die Haftung für ein von außen hereintretendes Ereignis aufbürdet, so geschieht dies nur deshalb, weil der Verwalter eine ihm in dem konkreten Fall auferlegte Verwaltungshandlung, etwa

Abwehrmaßnahmen, vorzunehmen unterlassen hat. Weiter sagt uns der Plural „Angelegenheiten", daß unter Verwaltung nicht das Besorgen eines einmaligen einzelnen Aktes zu verstehen ist, sondern daß es sich um einen Komplex von solchen handelt.

Der Ausdruck „verwalten" läßt an sich begrifflich ein Besorgen sowohl eigener wie fremder Angelegenheiten zu. Im Sprachgebrauch taucht nun wohl in der Mehrzahl der Fälle der Ausdruck „Verwaltung" als ein Besorgen solcher Angelegenheiten auf, die auch noch für ein zweites Subjekt von Bedeutung sind. Auch diese Verwendung des Ausdrucks umfaßt ein Besorgen eigener sowohl wie fremder Angelegenheiten, immerhin liegt dann aber darin bei Besorgung eigener Angelegenheiten schon der Hinweis auf eine fremde Interessensphäre, in welche die zu besorgenden Angelegenheiten in irgendeiner Weise hinübergreifen.

Und schließlich können wir aus dem allgemeinen Sprachgebrauch noch ein Weiteres herleiten. Mit dem Ausdruck „verwalten" verbinden wir nämlich wohl immer die Vorstellung von einem „ordnungsgemäßen" Besorgen von Angelegenheiten, und zwar ordnungsgemäß in bezug auf Wahrung der Interessen des nach dem Sprachgebrauch in den meisten Fällen vorhandenen Anderen, für den die Tätigkeit des Verwalters von Bedeutung ist. Insofern haftet dem Ausdruck „Verwaltung" in gewisser Weise der Charakter einer Fürsorgetätigkeit schon ohne weiteres an, so daß die Verpflichtung zu einer „ordnungsgemäßen" Verwaltung nicht noch besonders ausgesprochen zu werden brauchte. Demgemäß kennzeichnet das Gesetz im § 1638 BGB. die Verwaltung des Kindesvermögens durch den Vater als „das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen".

Darüber jedoch, worauf und wieweit sich diese Fürsorge erstreckt, also über den Inhalt und Umfang der Verwaltung, können wir nach dem allgemeinen Sprachgebrauch aus dem Wort „Verwaltung" allein nichts entnehmen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet mit dem Ausdruck „Verwaltung" keinen festen Begriff. Insbesondere kennt es nicht wie das Allgemeine Landrecht (§§ 109 ff., I 14) die Regelung der „Verwaltung" als eines besonderen, festumrissenen rechtlichen Tatbestandes.

Wenn wir uns aus der Menge der Objekte, die verwaltet werden können, wohl das im täglichen Leben häufigste, nämlich das Vermögen, herausgreifen, so haben wir damit noch nicht sicheren

Aufschluß über den Umfang der dem Verwalter eines Vermögens zustehenden Rechte gefunden. Denn man kann unter dem Ausdruck Vermögensverwaltung ein Mehrfaches verstehen. Entweder ist nur die sogenannte laufende Verwaltung gemeint, d. h. lediglich die Vornahme von Handlungen, die der Erhaltung des Vermögens oder der Ziehung der Nutzungen ohne Aenderung der Substanz dienen,[1]) oder aber man versteht darunter in einem weiteren Sinne alle diejenigen Maßnahmen, welche der Eigentümer des Vermögens vorzunehmen berechtigt wäre, demnach neben den vorgenannten Fürsorgemaßnahmen auch Verfügungen über die Substanz selbst. So ist auch die eheherrliche Verwaltung des eingebrachten Frauengutes im gesetzlichen Güterstande (§ 1363 BGB.) eine andere als die väterliche Verwaltung des Kindesvermögens kraft elterlicher Gewalt (§ 1638 BGB.), obwohl das Gesetz in beiden Fällen den Ausdruck Verwaltung verwendet. Daraus geht aber eben hervor, daß der Gesetzgeber damit einen festumrissenen Kreis von Rechten und Pflichten nicht verband, daß vielmehr der Umfang der Verwaltung in jedem konkreten Fall gesondert zu bestimmen ist.

Inhalt und Anfang der Verwaltung richten sich sowohl nach der realen Grundlage als auch nach der Art der Entstehung des Verwaltungsverhältnisses. Die reale Grundlage können dem Inhalte nach verschiedene Angelegenheiten bilden, und zwar solche aller Art, Sachen und Rechte. Beides zusammen finden wir im Vermögen, so im Nachlaß, Kindesvermögen oder eingebrachten Gut der Ehefrau.

Weiter ist aber auch von Bedeutung die Art der Entstehung des Verwaltungsverhältnisses. Es kann beruhen auf Rechtsgeschäft, auf Gesetz und, eng damit verwandt, auf behördlicher Anordnung (Amt). Beruht es auf Rechtsgeschäft, so bleibt es der Parteivereinbarung überlassen, was der eine und wieviel er zur Verwaltung überlassen bekommen soll. Dadurch treten die Parteien in Beziehungen zueinander. Dieses Verhältnis erzeugt bei beiden Rechte und Pflichten, die durch die Ausgestaltung des rechtsgeschäftlichen Aktes festgelegt werden. Beruht das Verwaltungsverhältnis auf Gesetz oder behördlicher Anordnung, so nimmt das Gesetz selbst — entweder ausdrücklich oder durch aus-

[1]) Vergl. § 1984 BGB. in dem es heißt: „den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen", wo also die Verfügungsmacht nicht als in der Verwaltungsbefugnis schon enthalten angesehen wird.

zulegende Vorschriften — eine Regelung des Inhaltes des Verwaltungsrechtes vor.

Da die verwaltete Angelegenheit auch mit der Außenwelt in Berührung kommt, entsteht weiterhin die Frage nach der Vertretungsmacht und nach dem Prozeßführungsrecht des Verwalters. Die Beantwortung dieser Fragen richtet sich danach, ob die Verwaltung auf Rechtsgeschäft — dann bleibt die Regelung den Parteien überlassen — oder auf Gesetz oder behördlicher Anordnung beruht, ob sie beschränkt oder unbeschränkt ist, ob sie alle Angelegenheiten oder nur besondere erfaßt.

Wollen wir also Inhalt und Umfang eines Verwaltungsverhältnisses kennenlernen, so müssen wir uns zuvor über die reale Grundlage, d. h. über die verwalteten Angelegenheiten, und über die Art der Entstehung des Verwaltungsverhältnisses klar werden.

Die vorliegende Arbeit will sich mit dem Verwaltungsrecht des Zurückbehaltungsberechtigten beschäftigen. Unter Verwaltungsrecht verstehen wir dabei nicht allein die Berechtigung zur Vornahme von Verwaltungsmaßnahmen (die positive Seite), sondern in weiterem Sinne die Summe der Rechte und Pflichten des Zurückbehaltungsberechtigten in bezug auf das Zurückbehaltungsobjekt (also positive und negative Seite). Wie oben ausgeführt, bedarf es nun zunächst einer Untersuchung über die reale Grundlage und über die Art der Entstehung dieses Verwaltungsrechts, mithin einer Klarlegung des Wesens, des Zweckes und der Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts; dies umso mehr, als sich im Gesetz eine ausdrückliche Regelung für den Fall einer Zurückbehaltung nicht findet.

§ 2.

Entwicklung des Zurückbehaltungsrechts.

Vorangeschickt sei dieser Untersuchung eine kurze Darstellung der Entwicklung des Zurückbehaltungsrechts, da wir aus ihr manches über das Wesen dieses Rechtes und damit auch manches in bezug auf die Verwaltung des zurückbehaltenen Objektes entnehmen können.

Als in Rom durch das Edikt des Prätors die neuen Rechts-

anschauungen und Verkehrsgewohnheiten in die Rechtsprechung eindrangen, um die Fortentwicklung des Rechtes zu übernehmen und das auf starren Grundsätzen beruhende römische Zivilrecht umzubilden, entstand mit der Ausbildung dieses Billigkeitsrechtes auch das Zurückbehaltungsrecht. Das römische Retentionsrecht verdankt somit seine Entstehung nicht einem gesetzgeberischen Akt, sondern ist ein Erzeugnis der Praxis und beruht auf Billigkeitsgrundsätzen. Zu einer Entwicklung dieses Rechtes ist es jedoch so wenig gekommen, daß es uns nur in einer Reihe von Einzelfällen, die über das ganze Corpus juris verstreut sind, begegnet, ohne daß dabei eine der zahlreichen Entscheidungen erschöpfend die materiellen Grundlagen der Retentionsbefugnis und das Verhältnis, in welchem die beteiligten Personen und die in Frage stehenden Leistungen zueinander stehen müssen, erörtert.[2]) Dementsprechend fehlt es auch in den Quellen an einer systematischen Regelung, nicht einmal eine technische Bezeichnung hat das Zurückbehaltungsrecht sich erworben. Geltendgemacht wurde es entsprechend dem Grunde seiner Entstehung, der Billigkeit, mit der exceptio doli.

Diese kasuistische Regelung hat wesentlich dazu beigetragen, die Erkenntnis des Wesens und des Umfanges des Retentionsrechtes zu verschleiern. Darum gingen auch hinsichtlich der Voraussetzungen die Ansichten der Schriftsteller des gemeinen Rechts weit auseinander. Man war anfänglich der Meinung, daß von retinere nur bei körperlichen Gegenständen gesprochen werden könne, daß demnach als Voraussetzung für das Retentionsrecht zu gelten habe, daß der Leistungspflichtige zur Herausgabe einer Sache verpflichtet sei.[3]) Erst in der späteren gemeinrechtlichen Doktrin findet sich die Meinung vertreten, daß ein Retentionsrecht auch an Leistungen anderer Art möglich sei.[4]) Ebenso herrschte vorerst keine Einigkeit über das Verhältnis der beiden sich gegenüberstehenden Ansprüche zueinander. Teils forderte man Konnexität, teils nicht. Eine solche Konnexität nahm man anfangs nur in vereinzelten, bestimmten Fällen an; erst später kam man dazu, diese Einzelfälle auf einen allgemeinen Konnexitätsbegriff zurückzuführen und erachtete Konnexität dann als vorliegend, „wenn die

[2]) Schlegelberger S. 2.
[3]) Schenk S. 36, der an den Satz festhält, daß keine Retention ohne Detention möglich sei.
[4]) Goldschmidt S. 970; Cramer S. 415 ff; Langfeld S. 111.

Ansprüche einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden".[5])

Das Ergebnis der gemeinrechtlichen Doktrin kann kurz dahin zusammengefaßt werden, daß nach herrschender Ansicht das gemeinrechtliche Retentionsrecht zwei Ansprüche voraussetzt, welche im Sinne Goldschmidts miteinander konnex sind, und daß dieses Recht vorwiegend an Leistungen jeder Art anerkannt wird.[6]) Alle übrigen Einzelfragen sind zweifelhaft geblieben. Eine nähere Untersuchung über das dem Retentionsberechtigten an der zurückbehaltenen Sache zustehende Verwaltungsrecht dürfte wohl nur Langfeld[7]) vorgenommen haben, auf dessen Ausführungen noch zurückzukommen ist.

Auch das germanische Recht kennt ein Zurückbehaltungsrecht, und zwar fußt es dort auf dem Rechtsinstitut der Gewere, ist also ein Gebilde des Sachenrechts. Ueber das Verwaltungsrecht des Inhabers der Gewere, insbesondere über das Recht und die Pflicht zum Gebrauch und zur Verwahrung stellen schon die sog. Schüttungsrechte, die ältesten Fälle eines germanischen Zurückbehaltungsrechts, die sich erst später pfandrechtartig entwickelten, Grundsätze auf. Wenn Vieh auf fremdes Kulturland übertrat, gaben die Volksrechte dem Grundbesitzer das Recht, es in Besitz zu nehmen, niederdeutsch: es zu schütten. Wie Schlegelberger[8]) ausführt, „betonen die schwedischen Quellen nachdrücklichst, daß der Schüttende durch die Schüttung ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an dem geschütteten Tier nicht erwerbe, daß er ein geschüttetes Pferd wohl führen und wohl auch in den Stall einreiten, sonst aber nicht wie ein Eigentümer oder Nutzungsberechtigter zum Reiten benutzen dürfe, daß er ferner einen geschütteten Ochsen wohl in seinen Stall treiben, nicht aber in Benutzung nehmen oder gar töten könnte".

Die neueren Kodifikationen haben das Zurückbehaltungsrecht fast ausnahmslos berücksichtigt. Das „Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der Oesterreichischen Monarchie" dürfte wohl die einzige Kodifikation sein, die diesem Institut ausdrücklich die Anerkennung versagt. Der Cod. Maxim.

[5]) Goldschmidt S. 974 f.
[6]) Schlegelberger S. 12.
[7]) a. a. O. S. 15; § 21 II. 2. 3.
[8]) a. a. O. S. 22.

von 1756 und der Code civil räumen ein Zurückbehaltungsrecht nur in einzelnen bestimmten Fällen ein, dagegen bringen das preußische A.L.R. von 1794 (§§ 536 ff., I 20) und, ihm im wesentlichen nachgebildet, das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" (§§ 767 ff.) eine systematische Regelung. Für unsere Untersuchung ist von besonderem Interesse, daß das A.L.R. dem Zurückbehaltenden hinsichtlich der Verwahrung, des Gebrauchs und der Verwaltung der zurückbehaltenen Sache die Pflichten eines Pfandinhabers auferlegt (§ 558). Diese Pflichten bestimmen sich demnach nach den §§ 121 ff. des 20. Titels. Der Gesetzgeber hat hier übrigens den Tatbestand der Verwaltung sehr eng gefaßt, denn Verwahrung und Gebrauch werden gesondert neben der Verwaltung aufgeführt.

Zweiter Abschnitt.

§ 3.

Die gesetzliche Regelung des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts.

Da das Zurückbehaltungsrecht inzwischen tief im Rechtsbewußtsein des Volkes wurzelte, war eine Uebergehung dieses Instituts bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches undenkbar. „Zweifellos", so sagen die Motive,[1]) „entspricht die Zulassung dieses Rechts in zahlreichen Fällen der Rechtsanschauung und einem dringenden Bedürfnisse des Verkehrs". Den Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts und des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs folgend, schuf man bei der Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 273, 274 BGB. allgemeine Vorschriften über Voraussetzungen und prozessuale Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts:

§ 273. Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt, die geschuldete

[1]) Motive, Band II, S. 41.

Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

§ 274. Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.

§ 4.

Wesen des Zurückbehaltungsrechts.

Das Zurückbehaltungsrecht stellt sich als ein Eingriff in das Recht des Gläubigers dar; es legt zeitweise den von diesem erhobenen Anspruch lahm und verhindert so eine Verschiebung der zwischen den Parteien bestehenden Vermögenslage, indem es den Schuldner für eine Zeitlang von seiner Pflicht zur sofortigen Leistung entbindet. Es ist demnach ein auf Billigkeitserwägungen beruhendes Leistungsverweigerungsrecht, ein Sonderfall der allgemeinen Arglisteinrede. Lediglich nach der negativen Seite hin äußert sich so der Erfolg des Zurückbehaltungsrechts; es ist also nur Verteidigungs-, nicht Angriffsmittel, kein selbständiges subjektives Recht, sondern nur eine besondere Form für die Geltendmachung eines Anspruches in Gestalt einer verzögerlichen Einrede.[2]) Diese Form der Geltendmachung äußert die Wirkung, daß

[2]) Oertmann § 273 Anm. 5a.

sie den Eintritt der Fälligkeit der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung solange aufhebt, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, und, im Prozeß geltendgemacht, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist. Es muß jedoch geltend gemacht werden, von einer Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechts von Amtswegen kann deshalb keine Rede sein.

Da das Zurückbehaltungsrecht nicht dem Schuldner an der von ihm etwa als Gegenstand seiner Leistung geschuldeten Sache als solcher ein Recht gewährt, ist es auch nicht ein dingliches, sondern ein persönliches Recht.[3]) Die Zurückbehaltung einer Leistung braucht ja auch nicht notwendig eine Sache zum Gegenstand zu haben. Natürlich kann aus anderen Rechtsgründen ein dingliches Recht an einer zurückbehaltenen Sache bestehen, wie es z. B. der Fall ist, wenn der Eigentümer die von ihm verkaufte, aber noch nicht übereignete und herausgegebene Sache zurückbehält.

§ 5.

Zweck des Zurückbehaltungsrechts.

Für die Untersuchung über das Verwaltungsrecht des Zurückbehaltungsberechtigten ist auch die Beantwortung der Frage, welchem Zweck das Zurückbehaltungsrecht dient, von Bedeutung. Das Zurückbehaltungsrecht soll als Billigkeitsrecht den Schuldner gegen das rücksichtslose Vorgehen seines Gläubigers, der uneingedenk seiner eigenen Verpflichtungen nur seine Rechte zu verwirklichen trachtet, schützen. Der Schuldner hat, solange er aus diesem Grunde dem Gläubiger die diesem gebührende Leistung vorenthält, sie gleichsam als Sicherheit für die ihm vom Gläubiger geschuldete Gegenleistung in Händen; aber nur als Sicherheit, denn Befriedigungsmöglichkeit bietet das Zurückbehaltungsrecht als solches nicht. Diese Sicherungsfunktion ist allseitig anerkannt, bestritten ist nur, ob dem Zurückbehaltungsrecht neben dem Sicherungszweck noch eine Zwangsfunktion beizulegen ist.[4]) Wir stellen hier nur fest, daß das Zurückbehaltungsrecht in erster Linie der

[3]) RGZ 66, 26; 68, 282.
[4]) Vgl. über diese Frage Planck-Siber § 273 1a; Schlegelberger S. 102 ff.; Ternburg § 57; Staudinger § 273 II 2b; Schollmeyer Vorbem. vor § 273.

Sicherung des Schuldners gegen eine unbillige Vermögensverschiebung dient, denn dafür spricht auch der Absatz 3 des § 273 BGB., der es dem Gläubiger ermöglicht, durch Stellung einer anderweitigen Realsicherheit zu der ihm geschuldeten Leistung zu kommen. Daß dabei außer der Sicherung auch ein mittelbarer Zwang auf den Gläubiger ausgeübt wird, nun auch seine Leistung zu erbringen, kann nicht geleugnet werden, und zwar wird sich dieser Zwang bei dem weniger kapitalkräftigen Gläubiger naturgemäß stärker auswirken. Diese Tatsache nimmt dem Zurückbehaltungsrecht aber noch nicht den Charakter eines Sicherungsrechts, denn schließlich wird ja durch jede Einrede ein Druck auf den Gegner ausgeübt.[5]) Hat der Gesetzgeber aber die Sicherung des Retinenten bezweckt, so darf die Leistungsverweigerung auch nicht weiter gehen, als zur reichlichen Deckung genügt.[6]) Daß man um geringer Ansprüche willen nicht übermäßig die Zurückbehaltung ausdehnen darf, entspricht auch völlig der Natur dieses Rechtes als eines Billigkeitsrechtes. Insofern gelangt also § 320 Abs. 2 BGB. zu entsprechender Anwendung, und zwar umso mehr, als nach richtiger Ansicht das aus den Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.) sich ergebende Zurückbehaltungsrecht nur einen qualifizierten Anwendungsfall des allgemeinen Zurückbehaltungsrechtes des § 273 darstellt.[7])

§ 6.

Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

I. Voraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist zunächst ein Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, dessen Inhalt zur Retention verwandt wird. Da nur „Leistungen verweigert" werden können, muß eine Leistungspflicht des Schuldners vorliegen. Einer Rechtsgestaltungsklage gegenüber erscheint das Zurückbehaltungsrecht also unzulässig, wie auch einer Feststellungsklage gegenüber, da es sich nicht gegen die Existenz

---

[5]) Planck-Siber § 273 Anm. 1a.

[6]) Ulrichs S. 24; Oertmann § 273 5b; Dernburg § 57 II 2; Staudinger § 273 II 2 b; Schlegelberger S. 103 und die Rechtsprechung des Reichsgerichts z. B. in JW. 1912 S. 139 und RGZ. 61, 133; so auch schon ALR. § 552, I 20.

[7]) Planck-Siber § 273 1b; Oertmann § 320 3; Staudinger § 273 II 1; Enneccerus § 249 Note 2 und § 257 Note 5; a. M. Langheineken S. 335f.; Schlegelberger S. 101 und 148.

des Anspruches selbst, sondern nur gegen die Art der Erfüllung richtet. Der Leistungsanspruch des Gläubigers muß fällig und klagbar sein, da andernfalls der Schuldner schon aus diesen Gründen den Anspruch des Gläubigers zu Fall bringen kann. Nach richtiger Ansicht kann das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. auch gegenüber dinglichen Ansprüchen zur Geltung kommen, wenn auch der § 1000 BGB. für sein Gebiet als engere Vorschrift den § 273 Abs. 2 BGB. zurückdrängt.[8]) Denn § 273 spricht von Ansprüchen allgemein, und darunter fallen auch solche dinglicher Natur.

Gegenstand der Verpflichtung des Schuldners können nach Absatz 1 des § 273 Leistungen jeglicher Art sein. Es können also auch geschuldete Handlungen wie z. B. Leistung von Diensten und des rechtsgeschäftlichen Tuns, Begründung und Aufgabe von Rechten und auch Unterlassungen zurückgehalten werden, es sei denn, daß das Gesetz wie in den §§ 175 und 556 Absatz 2 BGB. die Geltendmachung eines Retentionsrechtes ausdrücklich ausgeschlossen hat. Herausgabeansprüche fallen richtiger Ansicht nach auch unter Absatz 1 des § 273, unabhängig davon, daß Absatz 2 den Sonderfall der Zurückbehaltung von Gegenständen wegen Verwendungen und wegen Ersatzes des durch den herauszugebenden Gegenstand verursachten Schadens regelt.

Ist der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Sachen gerichtet, so macht es keinen Unterschied, wem dieselben gehören. Sowohl eigene wie fremde, gleichgültig, ob dem Gläubiger oder einem Dritten gehörige Sachen können Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein.

Um jedoch in diesem weiten Rahmen einer über die Grenzen der Billigkeit hinausgehenden Anwendung vorzubeugen, hat das Gesetz durch die Bestimmung „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt" in jedem Einzelfall die Entscheidung über die Anwendbarkeit eines Zurückbehaltungsrechtes letztlich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

Der von Schlegelberger[9]) unter besonderer Betonung des Sicherungszwecks vertretene Standpunkt, daß fremde Sachen nur dann zurückbehalten werden könnten, wenn sie den Anspruch des Retinenten real sicherten, erscheint zu eng. Der Sicherungs-

[8]) Staudinger § 273 I 1; Oertmann § 273 1b δ und Anm. 6; Schlegelberger S. 92ff.
[9]) a. a. O. S. 114ff.

zweck wird nicht durch Zurückbehaltung nur einer solchen Sache erreicht, die durch spätere Vollstreckung den Anspruch des Retinenten zum Erlöschen zu bringen geeignet ist, sondern allgemein dadurch, daß der Gläubiger durch die Vorenthaltung der ihm gebührenden Leistung daran gehindert wird, seinen Anspruch losgelöst von dem des Gegners zu verfolgen. Aus denselben Erwägungen wird auch das Zurückbehaltungsrecht an fremden, der Pfändung gemäß §§ 811, 812 ZPO. nicht unterworfenen Sachen für zulässig zu erachten sein.

Lebhafter Streit ist über die Frage entbrannt, ob das Zurückbehaltungsrecht wirksam auch gegenüber unpfändbaren Ansprüchen geltend gemacht werden kann, insbesondere gegenüber dem Lohnanspruch der Arbeiter. Für die Verneinung dieser in Theorie und Praxis gleich wichtigen Frage wird sowohl die Verwandtschaft des Zurückbehaltungsrechts in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Aufrechnung und demgemäß die entsprechende Anwendung des im § 394 BGB. ausgesprochenen Aufrechnungsverbotes ins Feld geführt als auch darauf hingewiesen, daß der Zusatz „soweit nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt" die Zurückbehaltung in diesen Fällen ausschließe. Die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts[10]) läßt die Zurückbehaltung hier unter der Voraussetzung zu, daß entweder die Leistungsgegenstände ungleichartig sind oder, bei Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen, daß das Zurückbehaltungsrecht zugunsten einer Forderung aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen ausgeübt werden soll.[11])

Ein Wechsel in der Person des Gläubigers zerstört das Zurückbehaltungsrecht dann nicht, wenn seine Voraussetzungen schon zur Zeit der Abtretung der Forderung vorlagen. Dies ergibt sich aus § 404 BGB. und bei Zurückhaltung gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch aus § 986 Abs. 2 BGB.

II. Ein weiteres Erfordernis ist ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger, wegen dessen zurückbehalten wird. Aus welchem Rechtsverhältnis dieser Anspruch entspringt, ist mangels ausdrücklicher Bestimmung ohne Belang. Es muß daher grundsätzlich jeder Anspruch genügen, mag er dem Obligationenrecht,

---

[10]) RGZ 83, 140; 85, 109 und in JW 1914, S. 917 Nr. 4.
[11]) So auch die Mehrheit der Schriftsteller. Für unbeschränkte Zulässigkeit: Staudinger § 273 II 1; Enneccerus § 249 I 3; Schlegelberger S. 138 f.

dem Sachenrecht oder einem sonstigen Rechtsgebiet angehören. Er kann ebensowohl auf Leistung einer Sache als auf Vornahme einer Handlung oder auf eine Unterlassung gerichtet sein, nur muß es sich um einen rechtlich anerkannten Anspruch handeln. Dies letztere Erfordernis liegt nicht vor bei den sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten, so den Forderungen aus Spiel und Wette und dem Anspruch aus dem Ehemäklervertrage. Die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts in diesen Fällen wird, wenn auch mit verschiedener Begründung, allseitig anerkannt.

Verjährte Gegenansprüche können richtiger Ansicht nach ein Zurückbehaltungsrecht dann begründen, wenn die Verjährung noch nicht vollendet war, als der Anspruch des Gläubigers entstand.[12])

Der Gegenanspruch des Schuldners muß weiter fällig, d. h. so beschaffen sein, daß die Erfüllung vom Gläubiger bereits gefordert werden kann. Aus dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes erhellt, daß bei Ansprüchen aus demselben rechtlichen Verhältnis auch der im Augenblick der Erfüllung des einen Anspruches fällig werdende Gegenanspruch geschützt werden soll.[13])

III. Das Gesetz verlangt weiter außer dem äußerlichen Band der Wechselseitigkeit zwischen dem Gläubiger- und Schuldneranspruch noch ein inneres Verwandtschaftsverhältnis beider Ansprüche, welches im Anschluß an die gemeinrechtliche Doktrin „Konnexität" genannt wird. Die beiderseitigen Ansprüche müssen „auf demselben rechtlichen Verhältnis" beruhen.

Die Abgrenzung des Konnexitätsbegriffes ist bewußt von den Verfassern des BGB. nicht vorgenommen worden; die Lösung dieser Aufgabe sollte, da sie Schwierigkeiten bereite, gänzlich dem Richter überlassen bleiben.[14]) In weiterer Ausgestaltung des für das gemeine Recht von Goldschmidt[15]) ausgesprochenen Prinzips geht die heute allgemein herrschende und auch in der Rechtsprechung durchweg anerkannte Ansicht dahin, daß es für das Vorliegen desselben rechtlichen Verhältnisses genügt, wenn die beiderseitigen Ansprüche aus einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnis entsprungen sind.

Ein Eingehen auf die Streitfrage, ob das Bürgerliche Gesetz-

---

[12]) Staudinger 273 I a u. a. m; a. M. Langheineken S. 330; Dernburg § 57 Anm. 7; Planck-Siber § 273 2a; Oertmann § 273 2a β. Für unbeschränkte Zulässigkeit: Enneccerus § 249 Ia Schlegelberger S. 147; Schollmeyer § 273 2a.

[13]) Planck-Siber § 273 2a *a* cc.; Oertmann § 273 2a *a*.

[14]) Protokolle Band I S. 312.

[15]) a. a. O. Bd. I S. 974, 975.

buch einen einheitlichen Konnexitätsbegriff geschaffen hat, oder ob neben der Konnexität desselben rechtlichen Verhältnisses noch eine solche kraft Gegenstandes anzuerkennen ist, oder ob nur für den Absatz 1 des § 273, nicht aber für den Absatz 2 Konnexität zu fordern ist, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

IV. Vereinzelt[16]) findet sich die Ansicht vertreten, daß durch den § 1000 BGB. neben dem in § 273 geregelten obligationenrechtlichen Zurückbehaltungsrecht noch ein besonderes Zurückbehaltungsrecht des Sachenrechts anerkannt sei. Nach richtiger Ansicht bedeutet jedoch die Wiederholung des Zurückbehaltungsrechts im § 1000, daß das allgemeine, auch bei dem Anspruch des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer auf Herausgabe zur Anwendung gelangende Zurückbehaltungsrecht des § 273 auch auf nichtfällige Gegenansprüche hinsichtlich Erstattung von Verwendungen erweitert werden soll; denn der § 1000 setzt einen selbständigen, schon fälligen Gegenanspruch nicht voraus.[17])

Die im § 273 geregelten Fälle des Zurückbehaltungsrechts finden also in gleicher Weise persönlichen wie dinglichen Ansprüchen gegenüber Anwendung, nur drängt beim Eigentumsanspruch die weitergehende Sondervorschrift des § 1000 den Absatz 2 des § 273 für ihren Bereich zurück.

§ 7.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht findet sich in den §§ 369 bis 372 HGB. auf der Grundlage der früheren Vorschriften der Art. 313 bis 316 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs geregelt. Es ist nicht als ein besonderes, neben dem des bürgerlichen Rechts bestehendes Rechtsinstitut anzusehen, sondern stellt sich nur als eine den Bedürfnissen des schneidigeren Handelsverkehrs entsprechende Weiterbildung des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts dar. Demnach ist es nicht nur zulässig, sondern auch notwendig, die handelsrechtlichen Normen durch die

[16]) Schollmeyer Vorbem. und A 2b zu § 273.
[17]) Schlegelberger S. 92 ff; Oertmann § 273 Anm. 6 u. a. m.

des bürgerlichen Rechts gemäß Art. 2 EG. zum HGB. zu ergänzen. Dies gilt auch für die hier zu beantwortende Frage nach dem Verwaltungsrecht des Zurückbehaltungsberechtigten. Denn wenn auch die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sich vor allem in der Verwertungsbefugnis des § 371 HGB. äußern, so bleiben daneben doch die auf dem bürgerlichen Recht beruhenden Verwaltungsrechte und -pflichten bestehen.[18]) Dies wird praktisch bedeutsam, wenn der zurückbehaltende Kaufmann von seinem Befriedigungsrecht keinen Gebrauch macht, sondern sich nur auf die Zurückhaltung als solche beschränkt. Denn das Befriedigungsrecht ist nur eine Berechtigung; der Gläubiger kann nicht gezwungen werden, es auszuüben.[19])

Was im übrigen das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von dem bürgerlichen unterscheidet, ist neben der Befriedigungsbefugnis des § 371 HGB. die Tatsache, daß nur bewegliche Sachen und Wertpapiere des Gegners zurückbehalten werden können, und daß Konnexität nur insofern gefordert wird, als die Forderung, wegen der zurückgehalten wird, aus den zwischen den Parteien geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften entsprungen sein muß.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht lehnt sich durch die ihm innewohnende Befriedigungsbefugnis stark an das Pfandrecht an, es ist aber trotzdem noch ein persönliches, kein dingliches Recht.[20])

§ 371 Absatz 2 HGB. verweist nun auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Pfandrecht, aber — für unsere Untersuchung von Bedeutung — nur für die Art und Weise der Befriedigung. Für das Verwaltungsrecht des Zurückbehaltenden an den zurückbehaltenen Objekten gelangen also nicht die den Pfandinhaber betreffenden Vorschriften der § 1215 ff. BGB. zur Anwendung, sondern das Verwaltungsrecht bestimmt sich nach denselben Grundsätzen wie das des Zurückbehaltungsberechtigten im bürgerlichen Recht.

---

[18]) Staub § 369 Anm. 70.
[19]) Staub § 371 Anm. 1.
[20]) Staub § 369 Anm. 34; Schlegelberger S. 224 ff. a. M. Emmerich S. 22 ff.

Dritter Abschnitt.

§ 8.

Grundlage des Verwaltungsrechts.

Man hat mit dem Gesetz zwischen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts in materieller und in prozessualer Hinsicht zu unterscheiden, von denen hier nur die ersteren interessieren.

Während die Aufrechnung den Untergang der Gegenforderung (und auch der eigenen) bewirkt, bleibt bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts deren Fortbestand unberührt. Es kann der Schuldner nur seine Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Es tritt somit nur eine Hemmung ein, die so lange dauert, bis der Gläubiger leistet. Der Schuldner darf seine Leistung aber nur so lange verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird, nicht, bis sie bewirkt ist; das Gesetz will damit also das Erfordernis vollständiger Gleichzeitigkeit aufstellen. Durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wandelt der Schuldner seine Verpflichtung gleichsam zu einer Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrage ohne Vorleistungspflicht auf einer Seite um, wobei der zur Zurückhaltung berechtigende Gegenanspruch dem äquivalenten Gegenanspruch aus einem gegenseitigen Vertrage entspricht. Er ist nunmehr nur noch zur Leistung Zug um Zug verpflichtet.

Der Zinsenlauf, der z. B. durch die Aufrechnungserklärung mit der zugrundeliegenden Forderung ein Ende findet, wird durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht gehemmt. Ebensowenig wird der Ablauf der Verjährungsfrist beeinflußt (so ausdrücklich § 202 Absatz 2 BGB.).

Wir greifen nunmehr auf das im ersten Paragraphen der vorliegenden Arbeit über den Begriff der Verwaltung Gesagte zurück. Wie dort ausgeführt, umfaßt die Verwaltung, allgemein gesagt, ein Besorgen von Angelegenheiten. Der Besorgende, mit andern Worten der Verwalter, ist hier der Zurückbehaltungsberechtigte. Die Angelegenheiten, die von ihm besorgt werden, also die Verwaltungstätigkeit, erstreckt sich inhaltlich auf das zurückbehaltene Objekt. Wie wir gesehen haben, können Leistungen beliebiger Art zurückbehalten werden; die zu besorgen-

den Angelegenheiten können demnach mannigfacher Art sein und sind verschieden, je nachdem ob mit der Herausgabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache oder mit der Uebertragung eines Rechts zurückgehalten wird. Nun kann zwar auch die Abgabe einer Willenserklärung oder die Vornahme einer Handlung Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein, es erhellt aber ohne weiteres, daß eine in Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht abgegebene Willenserklärung oder nichtvorgenommene Handlung als Objekte einer Verwaltungstätigkeit nicht in Frage kommen können. Denn sie werden erst existent im Augenblick ihrer Vornahme, also bei Erfüllung des Gläubigeranspruches. Ein Verwaltungsrecht ist vielmehr nur dann möglich, wenn die zurückbehaltene Leistung die tatsächliche oder rechtliche Uebertragung von schon Vorhandenem zum Gegenstande hat, m. a. W. wenn etwas herauszugeben ist; denn verwalten kann ich nur etwas Vorhandenes, nicht etwas erst zu Schaffendes. Objekt der Verwaltung ist dabei nicht die Leistung des Zurückbehaltenden, sondern der Gegenstand, der in Erfüllung der Leistungspflicht herausgegeben werden soll. Streng genommen fallen demnach Objekt der Zurückbehaltung und Objekt der Verwaltung auseinander. Zurückbehalten wird nämlich die Leistung, verwaltet wird aber der in Erfüllung der Leistungspflicht herauszugebende Gegenstand.

Der zu verwaltende Gegenstand kann sowohl eine bewegliche oder unbewegliche Sache als auch ein Recht sein. Wenn ich z. B. mit der Herausgabe eines Wertpapiers zurückhalte, verwalte ich nicht das Wert„papier", sondern das Recht aus dieser Urkunde, was nicht ausschließt, daß damit Verwaltungshandlungen in bezug auf die zur Geltendmachung des Rechts erforderliche Urkunde verbunden sind. Es kann auch der Fall eintreten, daß ich gleichzeitig eine Sache und ein Recht verwalte, so z. B., wenn ich als Eigentümer die von mir herauszugebende und zu übereignende Sache zurückbehalte. In diesem Zusammenhang läßt sich auch feststellen, daß die vom Zurückbehaltenden vorzunehmenden Verwaltungshandlungen bei Verwaltung einer Sache sowohl natürliche wie Rechtshandlungen, bei Verwaltung eines Rechts vorwiegend nur Rechtshandlungen sein werden.

Wenn hier gesagt ist, daß ein Verwaltungsrecht begrifflich nur bei Herausgabeansprüchen in Frage käme, so ist damit noch nicht ausgesprochen, daß eine Verwaltungstätigkeit nur im Rahmen

des § 273 Absatz 2 BGB. möglich ist. Denn neben dem Anspruch wegen Verwendungen oder wegen eines durch den Gegenstand verursachten Schadens können aus dem Gesichtspunkt des § 273 Absatz 1 auch noch andere konnexe Gegenansprüche ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber einem Herausgabeanspruch begründen.

Dem Sprachgebrauch nach gehört meistens zu einer Verwaltung, wie oben dargestellt, noch ein zweites Subjekt, dessen Interessenbereich durch die Tätigkeit des Verwalters berührt wird. Dies ist hier der Retentionsgegner. Es liegt auf der Hand, daß die Verwaltungstätigkeit des Zurückbehaltenden für ihn von Bedeutung ist, denn er ist es ja, dem später das verwaltete Objekt in Erfüllung seines Anspruches herausgegeben werden soll. Sein Interesse an der Verwaltung beruht demnach auf seinem — dinglichen oder obligatorischen — Anspruch, mit dem er das Objekt der Verwaltung herausverlangt, und es ist ebenso gut vorhanden, wenn eine ihm gehörige als wenn eine ihm erst zu übereignende Sache oder ein an ihn zu übertragendes Recht Gegenstand der Verwaltung des Retinenten ist.

Durch das Interesse des Retentionsgegners gewinnt die Verwaltungstätigkeit des Zurückbehaltenden auch ihren Charakter einer Fürsorgetätigkeit.

Mit diesen Feststellungen haben wir einen weiten Rahmen für Inhalt und Umfang der Verwaltung des Zurückbehaltungsberechtigten gefunden. Mitbestimmend für die inhaltliche Umgrenzung dieses Verwaltungsrechts ist in hohem Maße die Tatsache, daß der zu verwaltende Gegenstand einem Gläubiger herauszugeben ist, was zur Folge hat, daß jede vorgenommene Verwaltungshandlung der Nachprüfung, ob nicht durch sie die spätere Erfüllung in irgend einer Weise erschüttert wird, standhalten muß. Wir haben gesehen, daß das Zurückbehaltungsrecht lediglich ein persönliches Recht des Schuldners ist, die Leistung vorläufig zu verweigern, daß es mithin nur ein Hilfsrecht ist, welches die Grundlagen des bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien in keiner Weise angreift. Vor allem ist zu betonen, daß durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ein neues Schuldverhältnis nicht begründet wird. Der zurückbehaltende Schuldner schuldet die Herausgabe des Gegenstandes auch weiterhin aus dem gleichen Schuldgrund wie vordem. Nur die Art und

Weise der Lösung des Schuldverhältnisses wird eine andere, die Leistung selbst bleibt unangetastet.

Der Gesetzgeber hat sich damit bewußt auf einen anderen Standpunkt gestellt, als ihn das A.L.R. vertrat. Dort[1]) heißt es: „Solange sich der Inhaber vermöge des Zurückbehaltungsrechtes im Besitz der Sache befindet, hat er wegen der Verwahrung, des Gebrauchs und der Verwaltung derselben alle Obliegenheiten eines Pfandinhabers."

Nach dem Recht des BGB. setzen sich jedoch, ohne daß ein neuer Rechtsgrund für die Verwaltungstätigkeit des Zurückbehaltenden geschaffen wird, die Wirkungen des ursprünglichen, auf die Leistung seitens des Retinenten gerichteten Schuldverhältnisses einfach fort. Für den Umfang der Verantwortlichkeit des Zurückbehaltenden betonen dies die Motive[2]) ausdrücklich, indem sie sagen: „Der Retinent haftet als solcher nicht etwa wie ein Pfandgläubiger (preuß. A.L.R. I, 20 § 558; vgl. Entwurf § 1156) für ein gewisses Maß von Diligenz. Der Umfang seiner Verantwortlichkeit bestimmt sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, kraft dessen er an sich zur Leistung des Retentionsobjektes verbunden wäre." Er trägt also sowohl vor wie nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dasjenige Maß von Verantwortlichkeit, welches seiner zurückgehaltenen Leistung anhaftet.

Wenn auch praktisch in vielen Fällen das Verwaltungsrecht des Zurückbehaltenden diesem dieselben Pflichten auferlegen wird, wie sie dem Pfandgläubiger obliegen,[3]) so muß betont werden, daß dieses Ergebnis sich höchstens aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht ergibt, im übrigen aber rein aus der Haftung des Schuldners hinsichtlich seiner zugrundeliegenden Leistungsverpflichtung resultiert.

Das Reichsgericht betont dies auch ausdrücklich an anderer Stelle,[4]) indem es sagt, daß die Frage, welche Pflichten dem Zurückbehaltenden hinsichtlich des zurückbehaltenen Gegenstandes obliegen, nur nach den Vorschriften beantwortet werden könne, welche das Rechtsverhältnis beherrschen, auf Grund dessen sich

---

[1]) A.L.R. § 558, I 20.

[2]) Motive Bd. II S. 43.

[3]) So sagt das Reichsgericht in LZ 18, S. 1066 (Urteil vom 14. März 1918: „Wenn jemand eine fremde Sache in Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an sich und in seinen Besitz nimmt und darin behält, so nimmt er hinsichtlich der Sache dieselben Pflichten auf sich wie ein Pfandgläubiger."

[4]) RGZ 98, 70.

der zurückbehaltene Leistungsgegenstand in seinen Händen befinde. Diese Fassung ist jedoch zu eng, wenn man den Fall der Zurückbehaltung eigener Sachen ins Auge faßt. Denn das Verwaltungsrecht richtet sich dann nicht nach dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der zurückbehaltene Gegenstand sich in den Händen des Retinenten befindet — das wäre ja sein Eigentumsrecht —, sondern immer nach dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen er zur Herausgabe dieses ihm gehörenden Gegenstandes verpflichtet ist.

Zu demselben Ergebnis kommt Langfeld für das gemeine Recht; er sagt (S. 88):

> Eine Verpflichtung des Retentionsberechtigten, dafür zu sorgen, daß, falls es demnächst zu seiner Leistung kommen sollte, diese Leistung auch ordnungsgemäß beschafft werden kann, ist überall anzuerkennen, und nur eine besondere Gestaltung dieser allgemeinen Verpflichtung ist die Pflicht des Detentors der fremden Sache, für deren Erhaltung zu sorgen. Diese Verpflichtung folgt aber nicht aus der Retention, sondern aus der Pflicht zur Leistung überhaupt und richtet sich im einzelnen nach den Rechtsgrundsätzen, welche für das konkrete, die Leistungspflicht begründende Rechtsverhältnis maßgebend sind. Die Retention der Leistung gibt zwar die Veranlassung zur Entfaltung jener Pflicht, erzeugt dieselbe aber nicht.

Und ferner (S. 130):

> Das Retentionsrecht als solches begründet weder das Recht noch die Pflicht, die retinierte Sache zu nutzen, zu verwalten, umzugestalten oder sonstwie tatsächlich über dieselbe zu verfügen. Die Pflicht hierzu folgt vielmehr lediglich aus der Verpflichtung, die Sache nach Beendigung des Retentionsrechtes in ordnungsgemäßem Zustande herauszugeben.

Für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gilt der nämliche Grundsatz. Auch hier richtet sich Umfang und Inhalt des Verwaltungsrechts nach der Verpflichtung des Retinenten zur Herausgabe der zurückbehaltenen beweglichen Sachen und Wertpapiere. Es ist jedoch darauf zu achten, ob nicht in Fällen, wo ein Zurückbehaltungsrecht praktisch wird, dem Retinenten durch andere Bestimmungen ein bestimmtes Verhalten unabhängig von der Herausgabepflicht zur Pflicht gemacht wird. Uebt z. B. der die ihm übersandte Ware beanstandende Käufer gemäß § 369 HGB. an den Waren ein Zurückbehaltungsrecht aus, so schreibt ihm

hinsichtlich seines Verwaltungsrechts in diesem Falle § 379 HGB. ein bestimmtes Verhalten vor. Eine Verletzung der ihm dort auferlegten Sorgfaltspflicht stellt dann auch gleichzeitig eine Verletzung seiner Pflicht zur Herausgabe der zurückgehaltenen Waren dar. Wie schon oben erwähnt, wird die Frage nach dem Verwaltungsrecht beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht vorwiegend nur dann von Bedeutung sein, wenn von der Befriedigungsbefugnis kein Gebrauch gemacht wird. Es ist aber auch denkbar, daß selbst im andern Falle dem Gegner aus der Verletzung des Verwaltungsrechts Ersatzansprüche entstehen, so z. B., wenn der nach den Pfandvorschriften vorgenommene Verkauf des Retentionsobjektes deshalb nicht zur vollen Befriedigung des Retinenten führt, weil dieser in Ansehung des Retentionsgegenstandes nicht der auf seinem Verwaltungsrecht beruhenden Fürsorgepflicht Genüge geleistet hat. Die Ersatzansprüche finden ihre Rechtsgrundlage dann nicht in pfandrechtlichen Vorschriften (z. B. § 1215 BGB.) — diese sind nur hinsichtlich der Befriedigung selbst anzuwenden —, sondern in dem auf der Verpflichtung zur Herausgabe beruhenden Verwaltungsrecht, wenn sich auch praktisch die aus dem Verwaltungsrecht entspringende Fürsorgepflicht zum großen Teile mit der Verwahrungspflicht des § 1215 BGB. decken wird.

Sowohl beim bürgerlichen wie beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht kann nach diesen Feststellungen also von einem eigentlichen Verwaltungs„recht", als einem speziell für die Zurückbehaltung geregelten Verhältnis des Retinenten zum zurückbehaltenen Gegenstand nicht die Rede sein. Die hier unter dem Ausdruck „Verwaltungsrecht" zusammengefaßten Verwaltungspflichten und -berechtigungen fußen nicht rechtlich, sondern nur tatsächlich auf dem Zurückbehaltungsrecht.

§ 9.

Inhalt des Verwaltungsrechts im allgemeinen.

Wenn wir gesehen haben, daß sich das Verwaltungsrecht nach demjenigen Rechtsverhältnis richtet, welches den Retinenten zur Herausgabe des Retentionsgegenstandes verpflichtet, so kann die Frage nach dem Inhalt und Umfang des Verwaltungsrechtes nur

für jeden Tatbestand gesondert beantwortet werden. Die allgemeine Richtschnur ist durch die Verpflichtung des Retinenten zur Herausgabe des Gegenstandes gegeben. Inhalt und Umfang des Verwaltungsrechts ergeben sich sodann aus dieser Verpflichtung, die unter dem Gesichtspunkt der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen ist.[5]) Dies gilt sowohl für die positive Seite des Verwaltungsrechts, nämlich die aus diesem entspringenden Berechtigungen, als auch für die negative, die Verpflichtungen.

Für jeden einzelnen Fall muß also geprüft werden, zu welchen Verwaltungsmaßnahmen der Zurückbehaltende verpflichtet ist und welche weitergehenden Maßnahmen von seiner Verwaltungsbefugnis gedeckt werden. Um den wahren Inhalt der Leistungspflicht des Zurückbehaltenden zu erkennen, können die Grundsätze verwandter Rechtsverhältnisse zur Ergänzung herangezogen werden. So liegt es nahe, die Grundsätze vom Verwahrungsvertrag entsprechend anzuwenden und, für die positiven Verwaltungsmaßnahmen, auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag näher einzugehen. Im letzteren Falle basiert das Verwaltungsrecht dann nicht allein auf der Verpflichtung zur Leistung, sondern weitergehend auf dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag, durch welches dann auch diejenigen Maßnahmen gedeckt sind, die zwar mit der Leistung in Verbindung stehen, jedoch nicht mehr zur ordnungsgemäßen Erfüllung notwendig sind.

Die negative Seite des Verwaltungsrechts setzt sich demnach aus den Nebenpflichten, die dem Schuldner außer der Hauptverpflichtung, der Herausgabe des Gegenstandes, obliegen und die dazu dienen sollen, dem Schuldner die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Hauptverpflichtung zu ermöglichen, zusammen. Die Erfüllung der Hauptverpflichtung selbst stellt keine Verwaltungshandlung mehr dar.

Die positive Seite des Verwaltungsrechts wird zunächst gebildet von der Berechtigung des Zurückbehaltenden, die der Erfüllung seiner Nebenpflichten dienenden Handlungen vorzunehmen. Denn der Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung entspricht notwendigerweise auch die Berechtigung dazu. Daneben fallen unter die positive Seite noch diejenigen Rechte des Zurück-

[5]) Berolzheimer in LZ. 28, S. 1606. Staub Anm. 14 der Vorbem. vor § 369; RGZ 98, 70.

behaltenden, die, ohne einer Verpflichtung zu entsprechen, aus anderen Rechtsgründen in Ansehung des Retentionsgegenstandes gegeben sind.

Da eine genaue Begrenzung des Verwaltungsrechts nur für den einzelnen Fall erfolgen kann, finden sich auch in Rechtsprechung und Literatur, soweit überhaupt auf diese Frage eingegangen ist, nur allgemeine Richtlinien aufgestellt. Bei Feststellung der Nebenpflichten dürfen wir vor allem nicht am Zweck und Wesen des Zurückbehaltungsrechts vorbeigehen. Die Nebenpflichten müssen dem Charakter des Zurückbehaltungsrechts als eines Billigkeitsrechts gerecht werden. Es darf auch nicht vergessen werden, daß das Zurückbehaltungsrecht nur ein Hilfsrecht ist, daß es nicht an der Leistung selbst dem Schuldner entgegenkommen oder gar seine Gegenforderung unbillig vermehren will.

§ 10.

Die negative Seite des Verwaltungsrechts.

Die bisher gewonnenen allgemeinen Grundsätze seien im folgenden auf einige Zurückbehaltungsfälle praktisch angewandt, da sich so ihre Auswirkungen am klarsten zeigen werden. Wir stellen dabei die Behandlung der negativen Seite des Verwaltungsrechts voran, weil, wie wir sehen werden, damit auch die Frage nach den Verwaltungsberechtigungen zum großen Teil ihre Beantwortung findet.

I. Zunächst ein Beispiel für die Zurückbehaltung einer Leistung, die in der Herausgabe einer fremden beweglichen Sache besteht. Der Mieter eines Tieres hat nach Beendigung des Mietsverhältnisses gemäß § 556 Abs. 1 BGB. die gemietete Sache dem Vermieter zurückzugeben. Der Mieter macht nun jedoch gegenüber dem Herausgabeanspruch — sowohl dem vertraglichen wie dem dinglichen — ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer konnexen Gegenforderung geltend.

Durch die Geltendmachung ändert sich an der von dem Mieter geschuldeten Leistung, nämlich der Herausgabe der Mietsache, garnichts. Der zurückbehaltende Mieter hat demnach das gemietete Tier in demselben Zustand herauszugeben, in welchem

er es auch sofort nach Beendigung des Mietsverhältnisses herauszugeben gehabt hätte. Es ändert sich auch an dem Grade seiner Haftung nichts, wie es z. B. bei Eintritt des Verzuges der Fall sein würde. Er hat auch weiterhin in Ermangelung besonderer Vorschriften das Haftungsmaß des § 276 BGB., also Vorsatz und jeden Grad von Fahrlässigkeit zu vertreten, ebenso auch weiterhin gemäß § 278 für seine Erfüllungsgehilfen einzustehen. Hieran ändert die Tatsache, daß das Zurückbehaltungsrecht lediglich seinen Interessen dient, nichts. Das für ihn aus der Zurückbehaltung entspringende Verwaltungsrecht besteht zunächst in der Verpflichtung zur Vornahme derjenigen Handlungen, die der Erfüllung seiner Nebenleistungspflichten dienen. Es kann der Zurückbehaltende nunmehr nicht einfach unter Berufung auf sein Zurückbehaltungsrecht das Tier seinem Schicksal überlassen, er muß es vor allem weiter füttern, überhaupt für seine Erhaltung und ordnungsgemäße Verwahrung sorgen.

Die jedem Besitzer einer fremden Sache in höherem oder geringerem Maße obliegenden, mindestens als Pflichten zur Unterlassung schädigender Einflüsse obliegenden selbständigen Erhaltungspflichten sind auch hier zu beachten. Selbständig sind diese Erhaltungspflichten insofern, als ihre Erfüllung ebenso als Erfolg dem Gläubiger geschuldet ist wie die der Hauptverpflichtung, und weil ihre Verletzung allein schon genügt, um einen Anspruch des Gläubigers ins Leben zu rufen.[6])

Der Retinent darf es also nicht an der nach der Verkehrssitte erforderlichen Aufsicht mangeln lassen und hat auch alle Maßnahmen vorzunehmen, die erfahrungsgemäß erforderlich sind, um die widerrechtliche Entfernung des Tieres durch einen Dritten oder sein Entlaufen zu verhindern.

Einen wichtigen Teil der Verwaltungspflichten bilden ferner die Anzeigepflichten. Sie gehen auf Mitteilung einer Tatsache an den Retentionsgegner in dessen Interesse; wo von der Anzeige nur die Erhaltung eines Vorteils für den Anzeigenden selbst abhängt, liegt keine Pflicht, sondern nur ein Gebot des eigenen Interesses vor. Wie schon gemäß § 545 BGB. während der Dauer des Mietverhältnisses der Mieter hervortretende Mängel und dergl. dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen verpflichtet ist, so

[6]) Vgl. über selbständige Erhaltungspflichten Planck-Siber Bd. II 1 Vorbem. III B 1; C 3b Vorbem. 1 3b vor § 275.

auch der Retinent nach Beendigung des Mietverhältnisses. Die Erstattung der Anzeige wird von ihm als selbständige Nebenpflicht geschuldet. So muß er unverzüglich den Gegner benachrichtigen, wenn das Tier erkrankt und die Behandlung durch einen Tierarzt notwendig wird. Ja, er ist sogar nach Treu und Glauben verpflichtet, sofern es zu gefährlich erscheint, erst das Eingreifen des Vermieters abzuwarten, selbst den Tierarzt herbeizurufen. In dringenden Fällen entspricht ein solches Vorgehen durchaus seiner Erhaltungspflicht.

Auch von geltendgemachten Ansprüchen Dritter auf die zurückgehaltene Sache ist dem Retentionsgegner Mitteilung zu machen. Soweit es diesem nicht möglich ist, hat der Zurückbehaltende die zur Erhaltung der Rechte des Gegners erforderlichen Maßnahmen selbst vorzunehmen.

Zur Erteilung von Auskünften — so nennt das Gesetz[7]) die nur auf Verlangen des Gläubigers zu erstattende Anzeige im Gegensatz zur nichtverlangten Anzeige — ist der Zurückbehaltende dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, wenn diese Auskunft den Retentionsgegenstand betrifft und vom Gläubiger zwecks Vornahme von Erhaltungsmaßregeln benötigt wird, so daß ihre Nichterteilung diesem einen durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht gerechtfertigten Schaden verursachen würde. Gerechtfertigt ist nur der Schade, der durch die einstweilige Vorenthaltung des Gegenstandes entsteht, nicht aber ein solcher, der aus einer Veränderung der Substanz des Retentionsobjektes oder dem Verlust eines Rechts entspringt. Die Rechtsposition des Gläubigers darf eben nicht über die Vorenthaltung hinaus verschlechtert werden. Solche Ansprüche auf nichtverlangte Anzeige oder verlangte Auskunft entsprechen dem verkehrsmäßigen Willen der Parteien und ergeben sich aus § 242 BGB. und der Analogie von Einzelvorschriften.[8])

Ferner ist als Verwaltungspflicht die Pflicht, dem Gegner die Besichtigung des Retentionsgegenstandes zu gestatten, anzuführen. Diese Verpflichtung besteht natürlich nur insoweit, als die Besichtigung seitens des Gegners, z. B. zwecks Vornahme von Erhaltungsmaßregeln, erforderlich ist.[9]) Das Retentionsobjekt darf

[7]) Vgl. §§ 1799 Abs. 1 und 2, 1850 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB.
[8]) Kohler Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 25. S. 171 ff; Planck-Siber Vorbem. I 3b β vor § 275.
[9]) Diese Pflicht zur Gestattung der Besichtigung seitens des Retentionsgegners findet sich ausdrücklich ausgesprochen Bd. 30, S. 76, Sächs. OLG-Entscheidungen.

zwar zurückgehalten, aber nicht darüber hinaus jeder Einwirkung des Gläubigers, durch die der Bestand des Zurückbehaltungsrechts nicht berührt würde, entzogen werden. Einen Mißbrauch des Besichtigungsrechts zu dulden, ist der Zurückbehaltende natürlich nicht verpflichtet. Jedem derartigen, z. B. auf Besitzentziehung gerichteten Versuch kann er entgegentreten.

Hinsichtlich der während der Dauer der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gezogenen Früchte, z. B. der Tierjungen, zu deren Herausgabe der Retinent ja ebenfalls verpflichtet ist, bestehen dieselben Erhaltungs- und Anzeigepflichten, wie das sich auch für die schon während der Dauer des Mietverhältnisses gezogenen Früchte von selbst versteht.

Unter Umständen besteht sogar eine Verpflichtung zur Fruchtziehung. Die zurückbehaltene Milchkuh würde, wollte man sie nicht melken, eingehen; es entspricht also hier die Pflicht zur Fruchtziehung der Erhaltungspflicht überhaupt.

Die Vorschrift des § 557 BGB., die den Mieter für die Dauer der Vorenthaltung der Mietsache nach Ablauf des Mietvertrages zur Weiterentrichtung des vereinbarten Mietzinses verpflichtet, findet für den Fall der Zurückbehaltung keine Anwendung. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Tatsache der Vorenthaltung der Mietsache im Rahmen des § 557 auf einem vom Mieter zu vertretenden Umstand beruhen muß,[10]) für den Fall der Vorenthaltung durch Ausübung eines vom Gesetz dem Mieter zugebilligten Zurückbehaltungsrechts kann von einer Weiterentrichtung des Mietzinses keine Rede sein.

II. Ein weiteres Beispiel für die Zurückbehaltung einer fremden beweglichen Sache bildet die Zurückbehaltung der Fundsache seitens des Finders. Die Gegenansprüche des Finders auf Ersatz der für erforderlich gehaltenen Aufwendungen und auf Erstattung des Finderlohnes ergeben sich aus den §§ 970, 971 BGB. Ein weitergehender Anspruch auch auf Ersatz der nicht für erforderlich gehaltenen Aufwendungen kann sich unter den Voraussetzungen des § 683 BGB. aus auftragloser Geschäftsführung ergeben. Wegen dieser Gegenansprüche verweist das Gesetz in § 972 BGB. auf das dem Besitzer gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers zustehende Zurückbehaltungsrecht der

[10]) So Reichel JW. 09, S. 183 im Gegensatz zur herrschenden Meinung.

§§ 1000 bis 1002 BGB. Wie schon oben erwähnt, stellt dieses Zurückbehaltungsrecht nur eine Unterart des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts dar.

Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ändert sich auch hier an der Herausgabeverpflichtung des Finders und an seiner Haftung nichts. Er bleibt auch weiterhin nur in den Grenzen des § 968 haftbar, hat also, ohne daß eine Verschärfung seiner Haftung eintritt, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Mußten wir für den Fall der Zurückbehaltung seitens eines Mieters die für die Dauer des Mietverhältnisses geltenden Vorschriften „entsprechend" anwenden, da ja das Mietverhältnis bei Retention schon erloschen, der Retinent also nicht mehr „Mieter" war, so können wir hier die für den Fund geltenden Vorschriften auch noch nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes direkt anwenden.

Die im § 965 BGB. ausgesprochene Anzeigepflicht hat sich bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts schon erledigt, da ein solches die Geltendmachung des Herausgabeanspruches seitens des Verlierers, also dessen Kenntnis von der Auffindung der Fundsache voraussetzt.

An der im § 966 ausgesprochenen Verwahrungspflicht wird jedoch durch die Retention nichts geändert. Ihr wird auch dadurch Genüge geleistet, daß der Finder, sei es vor oder nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, die Fundsache ordnungsmäßig bei einem Dritten in Verwahrung gibt. Es kann ihm dann jedoch im Rahmen seiner Haftung ein Verschulden hinsichtlich der Auswahl des Dritten und der Art der Aufbewahrung zur Last fallen.

Daß neben der Verwahrung auch für die Erhaltung der Fundsache gesorgt werden muß, ergibt sich aus dem Wesen des Fundrechts. Im Entwurf I zum BGB. § 911 Abs. 1 war die Verpflichtung zur Erhaltung neben derjenigen zur Verwahrung ausdrücklich ausgesprochen. Es wird nun zwar im § 970 BGB. der Begriff der Verwahrung und der der Erhaltung nebeneinander verwandt, immerhin wird man aber doch annehmen müssen, daß unter „Verwahrung" im Sinne des § 966 Absatz 1 auch die Erhaltung der Fundsachen zu verstehen ist.[11]) Deshalb gehört zu

[11]) Planck § 966 Anm. 1 a. A. Baring §§ 64, 68, 69, der aber die Fütterungspflicht dafür zur Verwahrungspflicht rechnet.

den Verwaltungspflichten regelmäßig auch eine Unterhaltungspflicht wie die Fütterung des zugelaufenen und aufgenommenen Tieres. Es kann auch unter Umständen für den Finder eine Pflicht zur Versicherung der Fundsache bestehen, wenn dies zur Erhaltung und Verwahrung notwendig ist.[12])

Die Verwahrungspflicht erstreckt sich auch auf Beziehen, Verwahren und Verwerten etwaiger Früchte der Sache. Eine Verwertung kommt bei drohendem Verderb in Frage; der Erlös ist mit herauszugeben oder geht an den Kosten für Verwahrung und den sonstigen Aufwendungen ab. Die Kosten des Beziehens, Verwahrens und Verwertens der Früchte mindern ohne weiteres deren Erlös.

Die Verwahrungspflicht ist jedoch keine unbedingte. Erweist sich die Sache als verdorben und wertlos oder verdirbt sie sehr rasch und wird wertlos, so kann sich der Finder ihrer ohne weiteres entledigen.

Ebenso bestehen für den zurückbehaltenden Finder Anzeige- und Auskunftspflichten in bezug auf den Zustand der Fundsache. Die Verpflichtung zur Anzeige an den nunmehr ja bekannten Verlierer im Falle drohenden Verderbens schließt jedoch die auch schon vor Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dem Finder gemäß § 966 Abs. 2 BGB. obliegende Verpflichtung zur öffentlichen Versteigerung der Fundsache nach zuvoriger Anzeige bei der Polizeibehörde nicht aus. Die nach Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts bestehenden Verwaltungspflichten gehen insofern weiter als die vorher bestehenden, als dem Zurückbehaltenden der Verlierer ja bekannt ist und diese Kenntnis ihn verpflichtet, sich zunächst immer bei drohendem Verderb mit dem Verlierer selbst in Verbindung zu setzen. Unternimmt dieser dann keine Schritte zur Rettung seiner Sache, bleibt der Finder immer noch zur Versteigerung gemäß § 966 verpflichtet.

Die Pflicht zur Versteigerung entfällt natürlich in den Fällen, wo nicht einmal eine Verwahrungspflicht begründet wurde, so bei solchen Sachen, die überraschend schnell verderben und wertlos werden oder schon verdorben und wertlos aufgefunden wurden. Würde die unverdorben aufgefundene Sache bis zur Beendigung des Versteigerungsverfahrens verderben, kann der Finder sie ver-

[12]) Staudinger § 966 1b und die dort Zitierten.

brauchen oder freihändig verkaufen. Er ist dann verpflichtet, die Bereicherung herauszugeben.[13])

Durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wird auch die Befugnis bzw. Verpflichtung des § 967 BGB. zur Ablieferung der Fundsache bei der Polizeibehörde nicht berührt. Dafür, daß ihm in diesem Falle sein Zurückbehaltungsrecht nicht verloren geht, sorgt § 975 Satz 3 BGB. Die Polizeibehörde darf die Sache nämlich nur mit Zustimmung des Finders einem Empfangsberechtigten herausgeben. Mit der Ablieferung an die Polizeibehörde bleibt der Finder zwar noch Zurückbehaltungsberechtigter, seine Verwaltungstätigkeit hat jedoch ein Ende gefunden. Die Pflicht zur Herausgabe beschränkt sich nunmehr nur noch darauf, der Herausgabe seitens der Polizeibehörde gegen Befriedigung seiner Ansprüche zuzustimmen.

III. Dieselben Grundsätze gelten auch für die Verwaltung bei Zurückbehaltung einer fremden unbeweglichen Sache. Mieter und Pächter von Grundstücken können zwar kraft ausdrücklichen Verbotes der §§ 556 Abs. 2, 581 Abs. 2 BGB. das gemietete bzw. gepachtete Grundstück nicht zurückbehalten, es sei denn, daß nicht aus dem Vertrage, sondern auf Grund des Eigentumsanspruches Herausgabe verlangt wird.[14]) Es ist aber denkbar, daß auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses, z. B. Leihe, bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen ein Grundstück zurückbehalten werden kann.

Für den Retinenten entstehen dann ähnliche Verwahrungs-, Anzeige- und Auskunftspflichten wie für den zurückhaltenden Mieter oder Finder. In dringenden Fällen, z. B. bei Wasserrohrbruch im zurückbehaltenen Hause, kann sich die Erhaltungspflicht in der Weise steigern, daß der Zurückbehaltungsberechtigte von sich aus, ohne erst ein Einschreiten des Gläubigers auf seine Gefahranzeige hin abzuwarten, Abwehrmaßnahmen treffen muß. Auch die Frage der Versicherung des Grundstücks ist unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Eine Pflicht hierzu ist dann anzuerkennen, wenn nach den regelmäßigen Umständen die Versicherung zur Erhaltung des Retentionsobjektes erforderlich erscheint.

Die Frage, ob auf dem zurückbehaltenen Grundstück ruhende

---

[13]) Wolf Sachenrecht § 82 V 2; Staudinger § 966 2a. Nach Planck § 966 Anm. 2 hat er den Wert zu erstatten.

[14]) RG in Seufferts Archiv Bd. 62 Nr. 105; Oertmann § 556 Anm. 1b.

öffentliche Lasten von dem Retinenten zu tragen sind, ist zu verneinen, und zwar unabhängig davon, welche Regelung die Parteien für die Dauer des Vertragsverhältnisses getroffen hatten. Denn das Zurückbehaltungsrecht dient zwar den Interessen des Schuldners, hat jedoch nicht zur Folge, daß dem Retinenten eine über den Rahmen seiner Herausgabeverpflichtung einschließlich der Nebenpflichten hinausgehende Verpflichtung auferlegt wird.

IV. Einen Fall, bei dem sowohl bewegliche wie unbewegliche Sachen zurückbehalten werden, bildet die Retention eines Landgutes samt Inventar nach beendetem Nießbrauch, sei es, daß bei rechtsgeschäftlicher Beendigung der bisherige Nießbraucher oder bei Erlöschen durch Tod des Nießbrauchers dessen Erbe mit der Herausgabe des Landgutes wegen einer konnexen Gegenforderung zurückhält.

Die Verwaltungspflicht des Retinenten bewegt sich auch hier in dem durch die Herausgabeverpflichtung gezogenen Rahmen. Die nur für die Dauer des Nießbrauchs gegebenen Berechtigungen und auferlegten Verpflichtungen sind erloschen. So hat das Nutzungsrecht ein Ende gefunden und es besteht keine Verpflichtung mehr zur Tragung der auf der Sache ruhenden öffentlichen und der bisher getragenen privaten Lasten. Denn auch unter dem Gesichtspunkt der Herausgabepflicht gesehen, würde die Unterlassung der Bezahlung dieser Lasten niemals eine Verletzung der Herausgabeverpflichtung bedeuten. Dagegen ist zu prüfen, ob auch dem Retinenten die Verpflichtung zur Versicherung des Nießbrauchsgegenstandes obliegt, die während der Dauer des Nießbrauchs dem Nießbraucher dann auferlegt ist, wenn die Versicherung einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht. Wir müssen für den Retinenten nach dem oben aufgestellten Grundsatz diese Frage dann bejahen, wenn die Versicherung den konkreten Umständen nach zur Erfüllung seiner Herausgabepflicht gehört, d. h. wenn es nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen objektiv notwendig ist, daß das Retentionsobjekt versichert ist. So wird man bei dem hier in Frage stehenden Fall im Hinblick auf die erhöhte Feuergefährlichkeit landwirtschaftlicher Wirtschaftsgebäude die Versicherungspflicht wohl in der Mehrzahl der Fälle bejahen müssen.

Der Retinent hat das Landgut samt Zubehör in dem Zustande herauszugeben, in welchem er es unmittelbar nach Beendigung des Nießbrauchs herauszugeben gehabt hätte, denn das Zurück-

behaltungsrecht verschafft ihm nicht mehr als eine nur zeitweilige Hinausschiebung der Erfüllung des Herausgabeanspruches. Es hat demnach der Retinent für die Erhaltung der zurückbehaltenen Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen, wozu er auch vorher während der Dauer des Nießbrauchs gemäß § 1041 BGB. verpflichtet war. Damit liegen ihm aber auch die zur gewöhnlichen Unterhaltung der Retentionssache gehörenden Ausbesserungen und Erneuerungen ob; denn was zur gewöhnlichen Unterhaltung gehört, ist auch objektiv notwendig, um die Retentionssache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten.

Bei einem retinierten Landgut mit lebendem und totem Inventar sind diese Erhaltungspflichten mannigfacher Art. So ist z. B. neben der Verpflichtung des Retinenten zur gewöhnlichen Unterhaltung der Gebäude und Maschinen unter anderen die zur ordnungsgemäßen Fütterung und Wartung des Viehs zu nennen. Auch ist die Drainage und jede sonstige der Bewirtschaftung des Gutes dienende Anlage in Ordnung zu halten. Dies gilt auch für die etwa vorhandene Anlage zur Selbsterzeugung von elektrischem Strom, die eine besondere Wartung erfordert. Gehört eine Forst zu dem Gute, so müssen auch die zur ordnungsgemäßen Erhaltung des Waldbestandes notwendigen forstwirtschaftlichen Arbeiten von dem Retinenten durchgeführt werden.

Eine vorherige Anzeige von nötig werdenden Arbeiten an den Retentionsgegner dürfte im vorliegenden Falle, wenn es sich um gewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen handelt, wohl nicht gefordert werden. Wird jedoch eine außergewöhnliche, aus dem Rahmen des üblichen Gutsverwaltungsbetriebes herausfallende Maßnahme nötig, so hat der Retinent von dem Vorfall dem Retentionsgegner unverzüglich Mitteilung zu machen. Bei ausgebrochenen Seuchen im Viehbestande, überhaupt in allen Fällen dringender Gefahr, hat er jedoch schon von sich aus, unabhängig von seiner Anzeigepflicht, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Das Nutzungsrecht des Nießbrauchers besteht für den Retinenten natürlich nicht mehr. Er bleibt zwar verpflichtet, dann Früchte zu ziehen, wenn die Fruchtziehung, wie z. B. beim Vieh, notwendig ist, um den wirtschaftlichen Bestand zu sichern. Der Retinent erwirbt jedoch weder mit der Trennung Eigentum an den Früchten, noch steht ihm ein Aneignungsrecht zu.

Früchte zu ziehen ist der Retinent nur dann verpflichtet, wenn dies zur Erhaltung der Retentionssache notwendig ist. Es fragt sich, ob dies hinsichtlich der Bebauung der Felder der Fall ist. Wir stellen auch hier fest, daß der Retinent nach Beendigung des Retentionsrechtes das Landgut so herauszugeben hat, wie er es nach Beendigung des Nießbrauchs genutzt hätte. Die Verpflichtung, das Landgut — und zwar gilt dies auch hinsichtlich der Bestellung — nach Beendigung des Nießbrauchs gemäß §§ 1055 Abs. 2, 591 BGB. in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Dauer des Nießbrauchs bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt, bleibt von der Ausübung eines Retentionsrechtes unberührt. Maßgebend ist bei dieser Bestimmung der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgewähr, auch wenn dieser durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hinausgeschoben werden sollte.

Hieraus entspringt für den Retinenten die Verpflichtung, nach einem ordnungsgemäßen Bestellungsplan zu wirtschaften, also die Fruchtfolge mit Rücksicht auf die Bodenverhältnisse richtig zu bestimmen und den erforderlichen Kunstdünger zu geben. In diesem Rahmen besteht also für den Retinenten eine Verpflichtung, zu ernten und neu zu bestellen.

Die gewonnenen Ernteerträgnisse werden von der allgemeinen Erhaltungs- und Verwahrungspflicht mit erfaßt, da sie ja auch herauszugeben sind.

Die in Erfüllung seiner Verwaltungspflichten entstehenden Kosten hat zunächst der Retinent zu tragen. Er muß die nötigen Verbindlichkeiten in eigenem Namen eingehen, Anstellungs- und Arbeitsverträge in eigenem Namen abschließen. Inwieweit er Ersatz dieser Aufwendungen von dem Retentionsgegner verlangen kann, soll weiter unten behandelt werden.

V. Ein Beispiel für die Verwaltung bei Zurückbehaltung eines Rechts bildet die Zurückbehaltung eines Wertpapieres, also einer Urkunde, die ein Recht derartig verbrieft, daß das Papier zur Ausübung des Rechts erforderlich ist. Zurückbehalten wird nun z. B. bei einem Wechsel nicht das Papier als solches, sondern das darin verbriefte Recht. Verwaltungspflichten ergeben sich auch hier, und zwar sowohl in bezug auf die Erhaltung und Aufbewahrung des Papiers als solchem als auch auf die Erhaltung des wechselmäßigen Rechts. Wer daher einen Wechsel in Aus-

übung eines Zurückbehaltungsrechts in seinen unmittelbaren Besitz genommen hat, muß auch gewisse notwendige Geschäftsbesorgungen auf sich nehmen, die die Erhaltung der Rechte aus dem Wechsel erfordert. So muß er entweder dem Gegner Gelegenheit geben, durch Aufnahme eines Protestes seine Wechselrechte gegen den Aussteller und Indossanten zu sichern, also den Wechsel zu diesem Zwecke zur Verfügung stellen, oder er muß selber dafür sorgen, daß die wechselmäßigen Rechte nicht verloren gehen, also für den Retentionsgegner den Wechsel vorzeigen und protestieren lassen. Die Nichtbeachtung dieser Verwaltungspflicht würde zur Folge haben, daß der Zurückbehaltungsberechtigte seiner Verpflichtung, den Wechsel mit den bei Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts vorhandenen Ansprüchen herauszugeben, nicht mehr nachkommen kann. Damit wäre seine Leistung nicht nur zeitlich gehemmt, sondern darüber hinaus verändert.[15])

VI. Als Beispiel für die Zurückbehaltung einer eigenen beweglichen Sache, zu deren Herausgabe man verpflichtet ist, sei die Zurückbehaltung seitens des Verkäufers einer beweglichen Sache genannt. Es ist zwar verkauft, aber noch nicht geliefert und übereignet.

Der Verkäufer hat die Sache so zu erhalten, daß er sie zur Lieferzeit unbeschädigt leisten kann, und daß sie auch nicht nach der Lieferung an einer schon vorher eingetretenen Ursache Schaden leidet. Diese Erhaltung ist im allgemeinen aber nur unselbständige Vorbereitung der Hauptleistung, und die Zerstörung oder Beschädigung der Kaufsache schädigt den Käufer nur insofern, als er infolgedessen die Kaufsache gar nicht oder nicht in dem geschuldeten Zustande bekommt. Von diesen Vorbereitungspflichten ist deshalb niemals die Rede, wenn die Schuld ordnungsgemäß erfüllt wird. Die Frage nach ihnen wird erst dann gestellt, wenn es sich darum handelt, ob das nachträglich eingetretene Unvermögen des Verkäufers zur Leistung oder die Verzögerung der Lieferung von ihm zu vertreten ist oder nicht.

Bei Gattungsschulden dürften die Vorbereitungshandlungen wohl immer unselbständiger Natur sein. Bei Speziesschulden dagegen kann auch schon die Gefährdung der Hauptleistung durch

[15]) Über diese Verwaltungspflicht bei Zurückbehaltung eines Wechsels s. Urteil des Reichsgerichts vom 14. März 1918 in LZ. 18, S. 1066.

den Verkäufer für den Käufer einen Anspruch begründen,[16]) unabhängig davon, daß nachträglich die ordnungsgemäße Erfüllung dem Verkäufer dennoch wider Erwarten gelingt. In diesem Falle wird die Nichtgefährdung der verkauften Speziessache vom Verkäufer selbständig geschuldet, es liegt eine selbständige Nebenpflicht vor.

Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts seitens des Verkäufers wird hieran nichts geändert, seine selbständigen und unselbständigen Vorbereitungs- bzw. Erhaltungspflichten dauern weiterhin fort. Bestandteil eines Verwaltungsrechts des zurückbehaltenden Verkäufers können jedoch nur die selbständigen Vorbereitungs- und Erhaltungspflichten sein; denn von einer Verwaltungspflicht kann man auch nur da sprechen, wo aus der Nichterfüllung dieser Pflicht als solcher schon ein Anspruch des Retentionsgegners erwächst.

§ 11.

Die positive Seite des Verwaltungsrechts.

Die positive Seite des Verwaltungsrechts, nämlich die dem Zurückbehaltenden in Ansehung des Retentionsgegenstandes zukommenden Berechtigungen, wird zunächst gebildet von solchen Berechtigungen, die aus einer Verwaltungspflicht entspringen. Denn einer Verwaltungspflicht entspricht als notwendiges Korrelat auch die Berechtigung zur Vornahme der geschuldeten Handlung. Die Berechtigung geht jedoch nicht über die Verpflichtung hinaus. Gedeckt sind demnach vorerst nur solche Maßnahmen, die zur Erfüllung der Pflicht notwendig sind. Was im Einzelfall notwendig ist, ist Tatfrage, und es muß letzten Endes die Feststellung dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben.

Soweit die von dem Zurückbehaltungsberechtigten vorgenommenen Maßnahmen unmittelbar keine Rechtsgüter des Gläubigers berühren, wie Erstattung von Anzeigen, Erteilung von Auskünften und Vornahme von Erhaltungs- und Verwahrungshandlungen, spielt die Frage der Berechtigung in Ansehung der Handlung selbst keine Rolle. Wichtig ist sie jedoch dann, wenn

[16]) Ein solcher Anspruch kann z. B. zur Erwirkung von Arresten und einstweiligen Verfügungen führen.

durch diese Maßnahmen Aufwendungen des Zurückbehaltungsberechtigten nötig werden und dieser von dem Retentionsgegner Erstattung verlangt.

Wichtig ist die Frage nach der Berechtigung auch dann, wenn schon die von dem Zurückbehaltenden vorgenommene Maßnahme als solche ein Rechtsgut des Gläubigers unmittelbar berührt, so vor allem bei einer Verfügung über den Retentionsgegenstand. Es ist also zunächst in diesen Fällen zu fragen, ob die Vornahme dieser Verfügung einer Verwaltungspflicht entspricht oder nicht. Nur in ersterem Falle war der Retinent dazu berechtigt, wobei zunächst außer Acht gelassen werden soll, ob die Vornahme dieser Verfügung vielleicht nach den Vorschriften über die auftragslose Geschäftsführung beurteilt werden kann.

So ist es durchaus denkbar, daß ein von dem Zurückbehaltungsberechtigten wegen plötzlicher Erkrankung oder drohenden Verderbes vorgenommener freihändiger Verkauf oder die Versteigerung des Retentionsobjektes durchaus seiner Erhaltungspflicht und damit einer Berechtigung, so vorzugehen, entsprechen kann. Diese Maßnahmen müssen jedoch immer zur Erfüllung der Erhaltungspflicht notwendig gewesen sein; sie müssen das letzte Mittel gewesen sein, um den Gläubiger, wenn nicht die Sache selbst, so doch wenigstens einen annehmbaren Erlös zu erhalten. Auch zur Vornahme von Rechtshandlungen in bezug auf den Retentionsgegenstand, die notwendig sind, um dem Gläubiger seine Rechte zu erhalten, und an deren Vornahme der Gläubiger selbst durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verhindert ist, ist der Retinent berechtigt. In dieses Gebiet fällt auch die Berechtigung, für den Gläubiger den zurückbehaltenen Wechsel vorzuzeigen und protestieren zu lassen; dies alles immer unter der Voraussetzung, daß diese Maßnahmen einer Verwaltungspflicht entsprachen, also notwendig waren. Ebenso verhält es sich mit der Berechtigung, Früchte zu ziehen und zu verwerten.

Wir haben gesehen, daß bei Zurückbehaltung eines Landgutes nach beendetem Nießbrauch der Retinent das Landgut so erhalten muß, daß der wirtschaftliche Bestand gesichert ist; er darf die Wirtschaft nicht einfach ihrem Schicksal überlassen. Diese Verpflichtung ermächtigt nun den Retinenten zu mancherlei Verfügungen, allerdings auch hier immer nur zu solchen, die zur Erfüllung der Verwaltungspflicht objektiv notwendig sind. So

macht die ordnungsgemäße Erhaltung des Inventars es notwendig, daß alte Stücke durch neue ersetzt werden. Zur bestmöglichen Verwertung der alten Stücke ist der Retinent befugt, wenn sich eine andere Verwendungsmöglichkeit nicht ergibt. Da der Retinent nicht Eigentum für sich erwerben will, verschafft er dem Retentionsgegner mit der Einverleibung der neu angeschafften Stücke in das Inventar das Eigentum daran. Die Pflicht des Retinenten, auch für die Erhaltung der gezogenen Früchte zu sorgen, macht es notwendig, daß die Ernteerträgnisse, soweit sie nicht in der Wirtschaft direkt Verwendung finden, ordnungsgemäß zu veräußern sind, damit sie nicht dem Verderben anheimfallen. Insoweit ist der Retinent also ebenfalls zu Verfügungen berechtigt. Dabei besteht aber keine Verpflichtung des Retinenten, nun besonders günstige Konjunkturen auf dem Getreide- oder Viehmarkt auszunützen, wenn nur die von ihm vorgenommenen Verkäufe sich im Rahmen der Ordnungsmäßigkeit halten. Die erzielten Beträge gebühren, soweit nicht, wie wir noch sehen werden, der Retinent sie unmittelbar zur Bestreitung der ihm durch die Fruchtziehung entstandenen Kosten wie Lohngelder etc. benötigt, dem Retentionsgegner. Für den Retinenten besteht dann die Möglichkeit, entweder, wenn sein Gegenanspruch, wegen dessen er zurückhält, auf Zahlung eines Geldbetrages geht, mit diesem oder sonst mit seinem Ersatzanspruch wegen Verwendungen aufzurechnen.

Diese auf einer Verwaltungspflicht beruhenden Berechtigungen bilden naturgemäß den Hauptbestandteil des positiven Verwaltungsrechts. Es ist jedoch zu prüfen, ob nicht neben diesen noch andere, von einer Verpflichtung unabhängige Berechtigungen entstehen. Hier interessiert zunächst die Frage nach dem Besitzverhältnis des Retinenten. Geht die zurückbehaltene Leistung auf Herausgabe einer fremden Sache, die der Schuldner im Besitz hat, so wird der Schuldner durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch zum Besitz berechtigt. Diese Berechtigung ist, soweit sie aus dem Zurückbehaltungsrecht folgt, ebenso wie dieses persönlicher, nicht dinglicher Natur, richtet sich also nur gegen den Retentionsgegner. Gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers begründet das Zurückbehaltungsrecht, wenn der Eigentümer der Retentionsgegner ist oder erst nach Entstehung des Retentionsrechtes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentümer geworden ist, ein Recht zum Besitz und somit gemäß

§ 986 BGB. das Recht, die Herausgabe der Sache zu verweigern. Es kann deshalb der Gläubiger der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts niemals dadurch entgehen, daß er anstatt des vertraglichen den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 BGB. geltend macht.

Dritten gegenüber wird durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich des Besitzes und der aus ihm entspringenden Berechtigungen nichts geändert. Der Zurückbehaltende genießt weiterhin vollen Besitzschutz und kann sich jedem Dritten wie auch dem Retentionsgegner gegenüber verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Soweit von einem Dritten dem Retinenten der Besitz widerrechtlich entzogen wird, entspricht sein Einschreiten sogar einer Erhaltungs- und Verwahrungspflicht.

Befindet sich der dem Retentionsgegner gehörende Retentionsgegenstand auf Grund eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen dem Retinenten und einem Dritten im Gewahrsam des Letzteren und wird nun das Retentionsobjekt von einem Gläubiger des Retentionsgegners mit Zustimmung dieses Dritten im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen, so besteht für den Zurückbehaltenden eine Pflicht zur sofortigen Mitteilung hiervon an den Gegner. Unabhängig hiervon steht ihm aber als Besitzer das allein in seinem Interesse liegende Recht zu, gegen den betreibenden Gläubiger des Gegners Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. zu erheben. Denn der Besitz, und zwar auch der mittelbare, ist ein ihm zustehendes Recht an der Sache, in das einzugreifen die Gläubiger des Gegners nicht ohne besonderen Rechtsgrund befugt sind, demnach ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO.[17])

Im Zusammenhang hiermit entsteht die Frage, ob der Zurückbehaltende Besitzmittler des Retentionsgegners ist, m. a. W., ob der Retentionsgegner den mittelbaren, der Retinent den unmittelbaren Besitz an der zurückgehaltenen Sache innehat. Die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes sind im § 868 BGB. geregelt. Das Besitzmittlungsverhältnis muß ein solches sein, welches den Besitzmittler auf Zeit zum Besitz gegenüber dem mittelbaren Besitzer berechtigt oder verpflichtet. Dies ist beim Zurückbehal-

[17]) So die herrschende Meinung. A. M. Oertmann im Sächsischen Archiv für Rechtspflege Bd. 10, S. 257.

tungsrecht der Fall, und zwar folgt dies aus der Berechtigung des Retinenten, die Leistung zu verweigern, d. h. die herauszugebende Sache vorerst noch in seinem Besitz zu behalten. Demnach bestehen keine Bedenken, das Zurückbehaltungsrecht als ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 anzusehen, wie denn auch nach herrschender Ansicht das Besitzvermittlungsverhältnis nicht unbedingt auf Vertrag, sondern auch auf Gesetz, auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen kann.[18]) Gestützt wird diese Ansicht noch durch den Hinweis auf das als Beispiel eines Besitzvermittlungsverhältnisses im § 868 angeführte Verhältnis des Pfandgläubigers zum Pfandbesteller; denn seinem Wesen nach ähnelt das Zurückbehaltungsrecht zwar nicht als Befriedigungs-, aber doch als Sicherungsrecht dem Pfandrecht.[19])

Ist der Retentionsgegner aber mittelbarer Besitzer, so stehen ihm gemäß § 869 BGB. die im Falle der Störung oder Entziehung des Besitzes gegebenen Ansprüche der §§ 861, 862 BGB. ebenfalls zu. Der Geltendmachung dieser Ansprüche dient die vom Zurückbehaltungsberechtigten in solchen Fällen zu erstattende Anzeige.

Die Frage, ob dem Zurückbehaltenden in Ansehung des Retentionsgegenstandes ein Gebrauchsrecht zustehe, ist zweifelsohne zu verneinen, und zwar auch dann, wenn bis zum Entstehen des Herausgabeanspruches ein solches vertraglich zugestanden war. Es soll nur dem Herausgabeanspruch des Gläubigers eine hemmende Schranke entgegengesetzt werden; bestand demnach nach Entstehung des Herausgabeanspruches bei Geltendmachung des Retentionsrechtes ein Gebrauchsrecht nicht, so kann es durch die Tatsache der Ausübung auch nicht begründet werden. Die unter Umständen bei Zurückbehaltung eines Reitpferdes dem Retinenten obliegende Pflicht, dem Pferde tägliche Bewegung zu verschaffen, entspringt einer allgemeinen Erhaltungspflicht und hat mit einer Berechtigung zum Gebrauch, wie sie vielleicht während des verflossenen Mietsverhältnisses bestand, nichts zu tun.

In diesem Zusammenhang taucht auch die Frage nach dem Prozeßführungsrecht des Zurückbehaltungsberechtigten auf. Das Prozeßführungsrecht (Sachlegitimation) ist das prozessuale Gegen-

[18]) RGZ 59, 201; 94, 341; 98, 134.
[19]) Rosenberg Sachenrecht II 2d *a*; Endemann § 31 2a. A. M. anscheinend RGR-Komm. § 868 Anm. 3.

stück der Verfügungsbefugnis.[20]) Es ist einerseits die Befugnis, ein konkretes Recht geltend zu machen, andererseits das Recht und die Pflicht, gegenüber einer bestimmten Klage die Rolle des Beklagten zu übernehmen.

Der zurückbehaltende Eigentümer hat ohne weiteres, insofern die ihm obliegende Verwaltungspflicht prozessuale Handlungen erfordert, das Prozeßführungsrecht. Dies folgt schon aus seinem Eigentumsrecht. Praktisch wird diese Frage, wenn der retinierende Eigentümer einstweilige Verfügungen, durch die der Gefährdung der herauszugebenden Sache Einhalt geboten werden soll, erwirken will. Der zur Zurückbehaltung einer fremden Sache Berechtigte besitzt, was den Retentionsgegenstand anbelangt, die Sachlegitimation insoweit, als er auch verfügungsberechtigt ist. Daneben aber ist er für alle diejenigen Angelegenheiten, die in der Entziehung oder Störung seines Besitzes ihren Ursprung haben, so insbesondere für die possessorischen Klagen der §§ 861, 862 und 1007 BGB. ebenfalls sachlich legitimiert. Daß er die Sachlegitimation für Streitigkeiten aus den von ihm zur Erfüllung seiner Verwaltungspflichten eingegangenen Verbindlichkeiten und abgeschlossenen Verträgen besitzt, ist selbstverständlich, da er ja in diesen Fällen Vertragsgegner ist.

Für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht können wir in bezug auf die Verwaltungsberechtigungen und -pflichten dasselbe feststellen wie beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht. Eine Besonderheit des Handelsrechts ist die in gewissen Fällen dem beanstandenden Käufer zustehende Berechtigung zum Verkauf der beanstandeten Ware. Nach § 379 HGB. ist beim beiderseitigen Handelsgeschäft der Käufer, wenn er die ihm von einem andern Ort übersandte Ware beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. An dieser ausdrücklich ausgesprochenen Aufbewahrungspflicht, die sich übrigens auch schon ohnehin als Nebenpflicht der Herausgabeverpflichtung darstellt, wird durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nichts geändert.

Ebenso verbleibt aber auch nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dem Käufer die ihm nach § 379 Abs. 2 HGB. zustehende Berechtigung, die Ware, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 HGB. verkaufen zu lassen. Diese Berechtigung hat mit

[20]) Hellwig I § 115 II 3.

dem Befriedigungsrecht des § 371 HGB. nichts zu tun, denn sie besteht unabhängig von einem etwaigen Zurückbehaltungsrecht und ist auf leichtverderbliche Ware beschränkt. Die Vorschrift des § 371 Abs. 3 Satz 2 HGB., die dem in Ermangelung eines vollstreckbaren Titels vorgenommenen Verkauf des retinierten Gegenstandes die rechtliche Anerkennung versagt, ist also ohne Bedeutung für den unter den Voraussetzungen des § 379 Abs. 2 HGB. erfolgten Verkauf, auch wenn dieser nach Geltendmachung des Retentionsrechtes geschah. Der Verkauf erfolgt gemäß § 373 Abs. 2 im Wege der öffentlichen Versteigerung oder, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, aus freier Hand, und zwar in beiden Fällen für Rechnung des Verkäufers. Der Erlös tritt an die Stelle der bisher retinierten Ware, es wird also, wenn z. B. wegen Erstattung von Auslagen zurückbehalten wurde, die Zurückbehaltung nunmehr, da sich auf beiden Seiten Geldforderungen gegenüberstehen, zur Aufrechnung. Es besteht somit bei Zurückbehaltung leichtverderblicher, beanstandeter Ware die Möglichkeit, daß der Retinent, ohne den sonst für seine Befriedigung aus dem Zurückbehaltungsgegenstand nach § 371 HGB. erforderlichen vollstreckbaren Titel auf dem Umwege über die Aufrechnung zu einer Befriedigung gelangt.

Eine weitere, bei Behandlung der positiven Seite des Verwaltungsrechts auftauchende Frage ist die nach dem Ersatz der hinsichtlich des Retentionsgegenstandes vom Zurückbehaltenden gemachten Aufwendungen. Aufwendungen sind die auf freiem Willen beruhenden Auslagen oder Aufopferungen von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zweckes.[21]) Die Aufwendungen umfassen auch die auf das Retentionsobjekt gemachten Vorwendungen.

Zunächst sei die Frage nach dem Ersatz der notwendigen — und zwar der objektiv notwendigen — Aufwendungen des Retinenten behandelt.

Dem Zurückbehaltungsberechtigten liegen, wie wir gesehen haben, verschiedene Verwaltungspflichten ob, deren schuldhafte Verletzung ihn ersatzpflichtig machen würde. Um diesen Verpflichtungen nachkommen zu können, ist der Retinent genötigt, auf seine Kosten, d. h. von seinen Vermögenswerten Aufwendungen

---

[21]) Baring Bd. 14, S. 462; RGR-Komm. § 670 Anm. 2.

zu machen. Diese Aufwendungen sind, soweit sie in Erfüllung einer Verwaltungsverpflichtung vorgenommen werden, objektiv notwendige Aufwendungen; denn die Verpflichtung erstreckt sich nur auf das objektiv Nötige. Wenn gesagt ist, daß von dem Retinenten Verwaltungshandlungen verlangt werden, so ist damit noch nicht ausgesprochen, daß diese Maßnahmen nun auch auf seine Kosten zu geschehen haben. Der Retinent ist vielmehr entsprechend seiner Verwaltungspflicht nur zur Vornahme dieser notwendigen Handlungen verpflichtet; eine Verpflichtung, dies auch auf seine Kosten zu tun, besteht nicht. Die Verwaltung geschieht demnach für Rechnung des Gegners, der Retinent ist nur zur vorläufigen Verauslagung der Kosten verpflichtet. Die Innehaltung des Grundsatzes, daß durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an der zugrunde liegenden Herausgabeverpflichtung keine Veränderung stattfindet, hat zur Folge, daß sich auch der Ersatzanspruch wegen Aufwendungen nach dieser richtet und durch die Tatsache eines Retentionsrechts weder vermehrt noch vermindert wird.

Liegt demnach lediglich ein dinglicher Herausgabeanspruch vor, so kann der Retinent Ersatz seiner Aufwendungen auch nur nach den für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer geltenden Bestimmungen der §§ 994, 996 BGB. verlangen. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ändert hieran nichts. Dem Retinenten muß jedoch die Stellung eines redlichen Besitzers[22]) zuteil werden, denn der Herausgabeanspruch ist zwar mit Recht gegen ihn geltend gemacht, es ist jedoch der Retinent zur Zurückbehaltung und damit auch zum Besitz berechtigt, bis die Gegenleistung erbracht wird. Der Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen bestimmt sich demnach nach § 994 Abs. 1, d. h., er kann vollen Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen, und zwar, da ihm als Retinenten die Nutzungen nicht verbleiben, einschließlich der gewöhnlichen Erhaltungskosten verlangen. An der positiven Vorschrift des § 994 Abs. 2, daß nach Eintritt der Rechtshängigkeit Ersatz der notwendigen Aufwendungen nur nach den Vorschriften über auftragslose Geschäftsführung gefordert werden darf, kann allerdings die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts auch nichts ändern.

[22]) Dies gilt nicht, wenn die Voraussetzungen des § 994 Abs. 2 bei Geltendmachung des Retentionsrechts schon vorlagen. Der Retinent bleibt dann auch weiterhin unredlicher Besitzer.

Bei Vorhandensein einer schuldrechtlichen Herausgabeverpflichtung beantwortet sich die Frage nach dem Ersatz der Aufwendungen, auch wenn der dingliche Anspruch geltend gemacht wird, nach den für die obligatorische Verpflichtung maßgebenden Vorschriften.[23]) Das vor Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bestehende Vertragsverhältnis kann, abgesehen natürlich von besonderen Abmachungen, für den Ersatz von Aufwendungen, die während der Retention, also nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gemacht werden, nichts hergeben. Der Ersatz von Aufwendungen läßt sich also nur aus dem Wesen der schuldrechtlichen Herausgabeverpflichtung an sich und dem des Verwaltungsrechts des Retinenten herleiten. Danach muß aber dem Retinenten ohne Rücksicht auf das frühere Vertragsverhältnis voller Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen zugebilligt werden. Denn die Tatsache, daß der Retinent Verwaltungshandlungen vornehmen muß, für die Aufbewahrung und Erhaltung des Retentionsgegenstandes Sorge tragen, mithin fremde Interessen wahrnehmen muß, sichert ihm auf der anderen Seite den Ersatz der damit verbundenen Aufwendungen. Der Retinent wird ja auch vorwiegend im Interesse des Retentionsgegners tätig; daß er daneben auch noch ein eigenes Interesse verfolgt, kann ihm nicht den Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen nehmen. In dieser Regelung liegt auch der Unterschied zu dem Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandbesteller. Der Pfandgläubiger ist regelmäßig nicht verpflichtet, auf das Pfand Verwendungen zu machen, auch wenn sie zur Erhaltung der Pfandsache notwendig sind.[24]) Seine Pflichten erschöpfen sich in der Verwahrungspflicht des § 1215 und der Anzeigepflicht des § 1218 Abs. 2 BGB., welch letztere sogar dann nicht einmal gegeben ist, wenn sie untunlich erscheint. Macht der Pfandgläubiger dennoch Verwendungen auf das Pfand, so sind sie freiwillig gemacht, auch wenn sie zur Erhaltung notwendig waren. Für solche freiwilligen Verwendungen stehen deshalb dem Pfandgläubiger gemäß § 1216 BGB. Ersatzansprüche nur nach den Vorschriften über auftragslose Geschäftsführung zu. Im Gegensatz zum Pfandgläubiger muß jedoch der Retinent diese Aufwendungen zur Erhaltung der Retentionssache vornehmen. Wenn wir ihm dann vollen Ersatz seiner notwendigen

[23]) Staudinger § 994 Anm. 1; Planck Vorbem. vor § 985. RG in JW. 26, 1664.
[24]) Planck zu § 1216.

Aufwendungen zuerkennen, so ist dies ein durchaus billiges und praktisch brauchbares Resultat.

Der Ersatz anderer als notwendiger Aufwendungen bestimmt sich bei Vorliegen nur eines dinglichen Herausgabeanspruches nach § 996 BGB.

Wird gegenüber einer obligatorischen Herausgabeverpflichtung retiniert, so kann der Retinent Ersatz der nicht notwendigen Aufwendungen, da er zu ihrer Vornahme nicht verpflichtet und demnach auch nicht berechtigt ist, nur nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag fordern. Sievers[25]) gibt dem retinierenden Kaufmann wegen anderer als notwendiger Aufwendungen Ersatzansprüche, die denen des Besitzers aus § 996 BGB. ähneln. Es liegt jedoch auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht kein Anlaß vor, diese nur für rein dingliche Herausgabeansprüche geltende Bestimmung heranzuziehen. Die Ersatzansprüche wegen dieser Aufwendungen richten sich also insbesondere nach den §§ 683, 684 BGB. Die Uebernahme der Geschäftsführung liegt noch nicht in der Geltendmachung des Retentionsrechts — diese entspricht wohl niemals dem Interesse und Willen des Gegners — sondern erst im Beginn der Verwaltungstätigkeit des Retinenten. Die im § 683 BGB. aufgestellten Erfordernisse brauchen aber nur bei der Uebernahme der Geschäftsführung als solcher, nicht auch bei jedem einzelnen der oft sehr zahlreichen und verschiedenartigen Verwaltungsakte vorzuliegen. Sind die Voraussetzungen des § 683 nicht erfüllt, so kann Ersatz nur aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden (§ 684 BGB.).

Für den Fall, daß Früchte von dem Retinenten zu ziehen und zu verwerten sind, wie es z. B. bei Zurückbehaltung eines Landgutes nach beendetem Nießbrauch die Regel darstellt, mindern die Kosten der Fruchtziehung und -verwertung ohne weiteres den Anspruch des Retentionsgegners auf den erzielten Erlös. Das durch den Verkauf von Ernteerträgnissen erzielte Geld kann der Retinent also zur weiteren Erfüllung seiner Verwaltungspflicht wieder in die Wirtschaft hineinstecken, es insbesondere zu Lohnzahlungen und notwendigen Neuanschaffungen verwenden. Einen etwa verbleibenden Ueberschuß kann er gegenüber seinen sonstigen ersatzfähigen Aufwendungen zur Aufrechnung stellen.

[25]) a. a. O. Seite 290.

Der Ersatzanspruch des Retinenten vermehrt den Hauptanspruch, wegen dessen retiniert wird; er berechtigt den Retinenten auch für sich allein zur weiteren Zurückbehaltung.

Für den Ersatzanspruch wegen Aufwendungen gelangen ferner die Bestimmungen der §§ 256, 257 BGB. zur Anwendung. Der Retinent hat demnach hinsichtlich der von ihm bei einem Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten einen Befreiungsanspruch gegen den Retentionsgegner. Er kann auch diesen Schuldbefreiungsanspruch, ohne daß hier die Bestimmung des § 399 BGB. entgegen stehen würde, an den Dritten zu dessen Befriedigung abtreten.[26])

Ist der Retinent Kaufmann und fällt die Aufbewahrung der retinierten Sache in den Bereich seines Handelsgewerbes, so kann er, wenn er nach dem oben Gesagten Ersatz für seine Aufwendungen beanspruchen darf, Lagergeld und Aufbewahrungskosten auch dann beanspruchen, wenn er in seinen eigenen Räumen lagern läßt.[27]) Daß die einem Anspruch aus § 354 HGB. zugrunde liegende Handlung auch dem eigenen Interesse des Handelnden dient, beseitigt den Anspruch auf Vergütung nicht.[28]) Ebenso wie der Käufer für die Aufbewahrung der mit Recht dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Ware Lagergeld gemäß § 354 HGB. verlangen kann,[29]) so auch der Retinent. Der von Berolzheimer[30]) vertretenen Ansicht, daß beide Fälle grundverschieden seien, kann nicht beigetreten werden. Nicht nur der Beanstandende, sondern auch der Zurückbehaltende erfüllt bei der Aufbewahrung eine ihm dem Gegner gegenüber obliegende Verpflichtung; für den einen ist sie ausdrücklich im § 379 HGB. ausgesprochen, für den anderen folgt sie aus seiner Herausgabeverpflichtung. Die Ansicht, daß nur der Beanstandende eine Verpflichtung erfülle und deshalb Anspruch auf Lagergeld habe, der Zurückbehaltende dagegen nur ein Recht ausübe, das in seinem ureigensten Interesse liege, geht also fehl; natürlich ist die Geltendmachung des Zurückhaltungsrechts ein Recht, die daraus entspringende Aufbewahrungspflicht aber genau so eine Pflicht wie die des Beanstandenden.

---

[26]) RGZ 80, 183.
[27]) Staub-Koenige § 354 Anm. 13.
[28]) RGZ 1, 234
[29]) Staub-Koenige § 354 Anm. 5; RG in JW. 15, 658; OLG-Entsch. 5, 167.
[30]) a. a. O. Seite 1606.

§ 12.

Einwirkungen des Verzuges.

Kann derjenige, dem eine verzögerliche Einrede in Gestalt des Zurückbehaltungsrechts zusteht, in Verzug geraten? Nach § 284 BGB. gehört zum Eintritt des Verzuges, daß der Schuldner seine Leistung nach Fälligkeit und Mahnung nicht bewirkt, es sei denn (§ 285), daß die Leistung unverschuldet unterbleibt. Unsere Frage läßt sich schon im Hinblick auf die zu verlangende Fälligkeit beantworten. Fälligkeit liegt vor, sobald der Gläubiger die Leistung verlangen kann (§ 271 BGB.). Steht dem Schuldner nun eine verzögerliche Einrede gegen den geltend gemachten Anspruch zu, so ist die Leistung, wenigstens so, wie sie gefordert ist, auch noch nicht fällig; denn solange der Schuldner berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, kann der Gläubiger diese naturgemäß nicht verlangen. Da jedoch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. — im Gegensatz zu dem des § 320 BGB. — nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist, vielmehr einredeweise geltend gemacht werden muß, bedarf es zum Ausschluß der Fälligkeit auch noch seiner — gerichtlichen oder außergerichtlichen — Geltendmachung.[31]) Denn soll es von einer Willensreaktion des Schuldners abhängen, ob er als Schuldner der verlangten Leistung zu behandeln ist, so muß er folgerichtig auch in bezug auf die Fälligkeit bei Nichtvorbringen seiner Einrede als säumiger Schuldner behandelt, mithin auch wegen Verzuges verantwortlich gemacht werden.

Steht dem Anspruch des Gläubigers die Zurückbehaltungseinrede entgegen und ist sie geltend gemacht, so kann der Mangel der Fälligkeit auch nicht durch eine Mahnung des Gläubigers beseitigt werden, es sei denn, daß der Gläubiger nunmehr seine Forderung durch Erbieten zur Gegenleistung einredefrei stellt.

Die Geltendmachung der Einrede genügt deshalb zum Ausschluß der Verzugsfolgen, nicht aber bedarf es auf Seiten des Schuldners auch noch des tatsächlichen Anbietens der Leistung gegen Gegenleistung.[32])

---

[31]) Oertmann § 284 Anm. 1; Staudinger § 284 A I; Planck-Siber § 284 Anm. 3a; RGZ 77, 438. a. M. Langheineken S. 87 ff.

[32]) Oertmann § 284 Anm. 1; a. M. Langheineken S. 92 u. im Ergebnis ebenso Planck-Siber § 284 4. c. β aa; Staudinger § 284 II. 1. b. γ.

Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts muß jedoch unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Geschieht dies nicht, so fällt der Schuldner in Verzug und muß auch dessen Folgen tragen.

Kann nun der Schuldner, der sich mit seiner Leistung schon im Verzuge befindet, wegen eines während des Verzuges entstandenen Gegenanspruches ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen? Dies ist zu verneinen, und zwar weniger, weil die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in diesem Falle Treu und Glauben widerspräche,[33]) als im Hinblick auf § 286 BGB. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen, also nach § 249 BGB. den Zustand herzustellen, wie er bei rechtzeitiger Leistung vorgelegen hätte. Dies wäre hier Wiederherstellung des einredefreien Anspruches.[34])

Diese Feststellungen sind für unsere Untersuchung über das Verwaltungsrecht insofern von Wichtigkeit, als sich eine Steigerung der Haftung nach den Vorschriften des Schuldnerverzuges für den Retinenten demnach niemals ergeben kann. Bei Geltendmachung seiner Retentionseinrede kommt der Schuldner nicht in Verzug und der im Verzuge befindliche Schuldner kann ein Retentionsrecht nicht ausüben.

Es besteht aber die Möglichkeit, daß der Retinent den Gläubiger in Annahmeverzug bringt, wenn nämlich der Gläubiger zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet (§ 298 BGB.). Die Frage, ob ein tatsächliches Anbieten der Leistungen erforderlich ist oder ob ein wörtliches Angebot genügt, beantwortet sich auch im Rahmen des § 298 nach den Regeln der §§ 294, 295 BGB. Daß der Retentionsgegner die Erfüllung der Gegenleistung verweigert, ist nicht erforderlich; es genügt zur Herbeiführung des Annahmeverzuges schon die Tatsache, daß er es unterläßt, seine Leistung anzubieten. Es muß jedoch der Retinent die ihm gebührende Leistung „verlangt" haben.

Ist unter diesen Voraussetzungen Annahmeverzug eingetreten, so mindert sich zunächst die Haftung des Retinenten in bezug auf seine Verpflichtung. Er hat fortan nurmehr Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 Abs. 1 BGB.). Die Beurteilung

[33]) So OLG Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 55, Nr. 1.
[34]) Oertmann § 273 2a, RGZ 92, 212. a. M. Staudinger § 284. B; RGZ 93, 300.

einer Verletzung seiner Verwaltungspflichten kann also auch nur noch unter diesem Gesichtspunkt erfolgen. Eine Verminderung der Verwaltungspflichten an sich tritt jedoch durch den Annahmeverzug nicht ein.

Inwiefern der Annahmeverzug eine Veränderung in der Gefahrtragung zur Folge haben kann, mag hier unerörtert bleiben. Diese Frage ist nur von Bedeutung für den Weiterbestand eines Zurückbehaltungsrechts überhaupt, insofern nämlich bei gegenseitigen Verträgen das Fortbestehen des Gegenanspruches bei eingetretener Unmöglichkeit nachzuprüfen ist.

Während des Annahmeverzuges beschränkt sich gemäß § 302 BGB. die Verpflichtung des Schuldners, der die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen hat, auf die Herausgabe der tatsächlich gezogenen Nutzungen. Diese Vorschrift ändert an dem Verwaltungsrecht des Retinenten nichts, denn sie betrifft nur die Höhe des gegnerischen Anspruchs, berührt aber nicht die Verwaltungspflicht des Retinenten, Früchte zu ziehen, wenn dies zur Erhaltung des Retentionsgegenstandes, wie z. B. bei einer Milchkuh, erforderlich ist.

Der Fall, daß der zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtete Schuldner von der ihm nach § 303 BGB. zustehenden Befugnis, nach dem Eintritt des Verzuges des Gläubigers den Besitz aufzugeben, als Zurückbehaltungsberechtigter Gebrauch macht, dürfte praktisch wohl kaum eintreten; denn das Wesen des Zurückbehaltungsrechts liegt ja gerade in der Vorenthaltung der geschuldeten Leistung.

Nach § 304 BGB. kann der Retinent außer dem schon an sich zu verlangenden Ersatz notwendiger Aufwendungen Ersatz der für das erfolglose Angebot gehabten Unkosten fordern.

Die im § 450 BGB. bei Vorliegen eines Kaufvertrages aufgestellte Spezialvorschrift deckt sich mit derjenigen des § 304 BGB., wenn der Gefahrübergang hinsichtlich der Kaufsache gemäß § 300 Abs. 2 BGB. eingetreten ist.

Für das Verwaltungsrecht des Retinenten von besonderer Bedeutung sind seine bei Annahmeverzug des Gläubigers aus den §§ 372 ff. BGB. sich ergebenden Befugnisse. Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner in diesem Fall bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen (§ 372) und zur Sicherung seines Reten-

tionsrechts das Recht des Gläubigers zum Empfang der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen (§ 373). Ist die retinierte bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Retinent sie gemäß § 383 im Falle des Verzuges des Gläubigers am Leistungsort versteigern lassen und den Erlös hinterlegen. Durch einen solchen Selbsthilfeverkauf kann sich demnach der Retinent, ohne daß ihm die Früchte seines Zurückbehaltungsrechtes verloren gingen, der Verwaltung völlig entledigen.